

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2021-00166-00
DEMANDANTE: TERESA DE JESÚS VALBUENA VARGAS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTRO.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

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

1 ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

La señora Teresa de Jesús Valbuena Vargas, identificada con C.C. N°. 23.636.788, a través de apoderada, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones

En la demanda se formularon las siguientes:

“PRIMERO: Solicito que se declare la NULIDAD DEL ACTO FICTO O PRESUNTO DE CARÁCTER NEGATIVO ORIGINADO POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., al no contestar la petición radicada con el número E-2019-4893 DE FECHA 11 DE ENERO DE 2019.

SEGUNDO: Solicito que se declare la NULIDAD DEL ACTO FICTO O PRESUNTO DE CARÁCTER NEGATIVO ORIGINADO POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, proferido por la directora de Afiliaciones y Recaudos – Fiduciaria La Previsora S.A., ya que no se pronunció frente a la petición número 20180322840192 del 27 de septiembre de 2018.

TERCERO: Solicito que como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD DE LOS ACTOS FICTOS O PRESUNTOS DE CARÁCTER NEGATIVO ORIGINADOS POR LOS SILENCIOS ADMINISTRATIVOS proferidos por las solicito (sic) se CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., respectivamente, a proferir el acto administrativo que ORDENE, RECONOZCA Y PAGUE a favor de mi poderdante:

3.1 A reconocer la pensión Jubilación por aportes incluyendo para el efecto tiempos públicos y privados cotizados por la señora TERESA DE JESUS VALBUENA VARGAS.

3.2 Se tenga como fecha de estatus pensional el 11 de mayo de 2015.

3.3 La revisión y ajuste de la pensión jubilación por aportes, incluyendo todos los factores salariales devengados por mi representada en el año anterior al cumplimiento de su ESTATUS PENSIONAL, esto es del 12 de mayo de 2014 al 11 de mayo de 2015, incluyendo para el efecto además de los ya reconocidos, también, SOBRESUELDO, PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE SERVICIOS, acorde con lo establecido en la Ley 91 de 1989.

3.4. Se reconozca, liquide y pague el RETROACTIVO al que haya lugar.

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

3.6. Ordenar a las entidades demandadas SUSPENDER los descuentos por Seguridad Social (salud) sobre la mesada pensional adicional de diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia.

CUARTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento de en (sic) que se le reconoció esta pensión, descontando lo que se le haya cancelado.

QUINTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la INDEXACIÓN sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación pensión Jubilación por aportes, referidos (sic) en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011”.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones propuestas, la demandante formula los hechos que se resumen a continuación:

1. La demandante, TERESA DE JESÚS VALBUENA VARGAS, nació el 11 de mayo de 1960 y durante su vida laboral cotizó en Colpensiones desde el 18 de febrero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1996; y en la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá desde el 03 de septiembre de 1996 hasta el 12 de septiembre de 2016.
2. Mediante Resolución número 0314 del 30 de ENERO de 2017 EL Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio Regional Bogotá D.C., le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación, incluyendo para el efecto solo los tiempos cotizados a la entidad pública y haciéndola efectiva desde el 13 de septiembre de 2016, sin tener en cuenta los tiempos que cotizó a Colpensiones.
3. El acto administrativo antes señalado tuvo en cuenta a la hora de liquidar la mesada pensional los factores de asignación básica, prima de vacaciones y bonificación decreto.
4. Desde el primer pago de la mesada pensional de la demandante se le ha efectuado el descuento para EPS (salud), sobre las mesadas adicionales, sin que exista norma vigente que avale tal situación.
5. Mediante derecho de petición E-2019-4893 del 11 de enero de 2019, la demandante solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., la revisión y ajuste de la pensión otorgada para que se incluyeran los tiempos cotizados a Colpensiones y así reconocer una pensión de jubilación por aportes que se haga efectiva desde el 11 de mayo de 2015; por consiguiente, se reintegre y suspenda el descuento por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales. Esta petición no había sido resuelta por la entidad a la fecha de presentación de la demanda.

6. Mediante derecho de petición número E-2020-31404 de fecha 25 de febrero de 2020 se reiteró la petición referente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes y hasta la fecha de presentación de la demanda la entidad no había dado respuesta.
7. Mediante derecho de petición número 20180322840192 de 27 de septiembre de 2018 la demandante solicito a Fiduprevisora el reintegro y suspensión del descuento en exceso de dineros para salud en las mesadas adicionales, petición que tampoco había sido atendida a la fecha de presentación de la demanda.

1.1.3 Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.

De orden Legal: Leyes 57 y 153 de 1887, Ley 33 y 62 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1993, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003, Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

1.1.4 Concepto de violación

La parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, toda vez que se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, siendo está, a juicio de la demandante, la manera correcta para liquidar la referida prestación. Indica que la pensión de la actora debió liquidarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988. De otro lado, aduce que la entidad demandada realizó descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, sin que exista fundamento legal para ello.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El Ministerio de Educación Nacional, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag – y la Fiduciaria la Previsora S.A. – Fiduprevisora¹, dieron contestación a través de su apoderada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando que el acto acusado es legal bajo el amparo de la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 indica el régimen pensional de los docentes, al cual se acogió la entidad para liquidar la pensión de jubilación de la demandante. Respecto de la aplicación del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, indica que la pensión por aportes tiene como fin proteger al cotizante respecto del tiempo de servicios, cuando le hiciera falta para acceder a la pensión de jubilación, ya sea en el sector público o en el privado.

Respecto a la solicitud de reliquidación de la mesada incluyendo los factores salariales, expone que la Sentencia SU-014 de 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, dirimió la controversia respecto de los factores a incluir en la liquidación pensional del régimen exceptuado (docentes), que no es el aplicable los establecidos en la SU de fecha 28 de agosto de 2018 de la misma corporación, por pertenecer a un régimen especial y con presupuestos facticos diferentes, ordenando aplicar la subregla segunda que ordena que no es posible el reconocimiento de factores salariales sobre los cuales no se realizaron los aportes correspondientes.

Finalmente, sobre los descuentos de salud reseña que el tema también fue objeto de unificación por parte del Consejo de Estado en providencia de 03 de junio de 2021 en la que preciso que son procedentes los descuentos con destino a salud en porcentaje del 12% señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

La Secretaría de Educación de Bogotá², también se opone a las pretensiones de la demanda, bajo criterios similares a los expuestos anteriormente por las otras entidades encartadas e indicando que su prohijada no estaría llamada a responder en una eventual condena, a la que, de darse, debe aplicarse las normas de prescripción que sean procedentes.

¹ PDF 09 de expediente.

² PDF 10 del expediente.

1.2.2 De las excepciones previas³

Las entidades propusieron en cada uno de sus escritos las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, respeto de la Fiduprevisora y la Secretaria de Educación de Bogotá, las que fueron resueltas de forma desfavorable mediante auto de 22 de abril de 2022.

En la misma providencia se fijo el litigio, se decretaron las pruebas documentales aportadas.

1.2.3 Alegatos

Mediante providencia de 16 de septiembre de 2022, se concedió el término para presentar alegatos de conclusión por escrito, los que se allegan con los siguientes argumentos:

Parte demandante: Reitera los fundamentos de derecho contenidos en la demanda. Indica que, según la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando el empleador no realizó descuentos por aportes pensionales sobre todos los factores salariales no es posible atribuirle dicha falencia al trabajador, por tanto, debe reliquidarse la pensión a aquel, para lo cual, en todo caso, deben efectuarse las deducciones sobre los aportes reconocidos. Advierte, que la sentencia de unificación no desarrollo cuestionamiento alguno respecto de la Ley 71 de 1989, por tanto, no es posible su aplicación sobre aquella, aunado al principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio y Fiduprevisora: Indica que, según el precedente jurisprudencial emanado del Consejo de Estado, no es posible atender las pretensiones de la demanda. Solicita se nieguen las pretensiones de esta.

La Secretaría de Educación de Bogotá y el Ministerio Público: Guardaron silencio en esta etapa procesal.

³ PDF 13 del expediente.

Intervención Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: En esta etapa procesal, se hace presente la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediante la radicación de los memoriales obrantes en PDF 20, 21 y 22 del expediente, que tienen el mismo contenido.

Expone esta entidad que actúa con fundamento en los artículos 610 y 611 del C.G.P. y en defensa de los intereses litigiosos de la Nación, por lo que solicita que este Despacho acoja lo establecido en la Sentencia de Unificación 014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado resaltando que la liquidación de la pensión de jubilación solamente se debe tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los aportes. Luego realiza una transcripción de las normas atinentes al régimen especial de los docentes.

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

2. CONSIDERACIONES

2.1 PROBLEMA JURÍDICO

Como se determinó en el auto que resuelve excepciones previas y fija el litigio, en el caso *sub examine* se contrae a determinar: Si le asiste o no a la parte demandante el derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la pensión de jubilación por aportes con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional y, si le asiste o no el derecho a que le sean suspendidos y devueltos los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de salud, conforme se solicita en la demanda.

2.2 HECHOS PROBADOS

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

- Mediante Resolución No. 0314 de 30 de enero de 2017⁴, la Secretaría de Educación del distrito de Bogotá, le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Teresa de Jesús Valbuena Vargas,

⁴ Folios 35 y 36 PDF 01 del expediente.

efectiva a partir del 13 de septiembre de 2016. En dicho acto administrativo de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta como factor salarial para efectos de liquidar la pensión la asignación básica, bonificación decreto y prima de vacaciones.

- La demandante solicitó mediante radicados E-2019-4893 de 11 de enero de 2019 y E-202031404 de 25 de febrero de 2020, ante la Secretaria de Educación Distrital y el Fomag el reajuste de la pensión de jubilación otorgada aplicando lo establecido en la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988 y otorgando una pensión por aportes, invocando el principio de favorabilidad, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a adquirir su estatus pensional y finalmente que se reintégren los descuentos para salud de las mesadas adicionales. (folios 37 a 43 PDF 01 del expediente).
- El día 27 de septiembre de 2018, la accionante presentó derecho de petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A., con radicado 20180322840192, cuya finalidad era la suspensión de descuentos por aportes a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, con su respectivo reintegro.

2.3 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

2.3.1 Del silencio administrativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio operó el fenómeno del silencio administrativo respecto de la solicitud elevada por la señora Teresa de Jesús Valbuena Vargas ante la Secretaría de Educación Distrital, el Fomag y la Fiduciaria La Previsora S.A., los días 11 de enero de 2019, 25 de febrero de 2020 y 27 de septiembre de 2018.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por

la omisión de dar respuesta a las peticiones, por tanto, se trata de un verdadero acto administrativo al que se le ha denominado “acto ficto o presunto”.

El artículo 83 del C.P.A.C.A., respecto del silencio administrativo negativo dispone:

“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.”.

Conforme a la precitada norma, se tiene que, en el caso bajo estudio, está demostrado que la parte actora radicó, ante la Secretaría de Educación Distrital y el Fomag dos peticiones: E-2019-4893 de 11 de enero de 2019 y E-202031404 de 25 de febrero de 2020 y ante la Fiduprevisora S.A. el 20180322840192 el día 27 de septiembre de 2018. A través de aquellos, de una parte, solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes que incluyera todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de anterior a adquirir el estatus pensional; y de otro, suspensión y el reintegro de los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales percibidas por ella. Sin embargo, no obra en el expediente respuesta de fondo, por tanto, se considera que se configuró el silencio administrativo.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si los actos administrativos acusados están incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

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

2.3.2 Régimen Legal Pensión por Aportes

La Ley 71 de 1988, crea la pensión por aportes, la cual consiste en la acumulación de aportes efectuados a las entidades de Previsión Social del Sector Público y al Instituto de Seguros Sociales. En efecto, el artículo 7º de la mencionada ley, dispone:

“Artículo 7º: A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

De la norma transcrita, se colige que la pensión por aportes tiene finalidad de proteger al cotizante respecto del tiempo de servicios, cuando a éste le hiciere falta tiempo para acceder a la pensión de jubilación, ya sea en el sector público o en el privado. Sobre el punto en comento el H. Consejo de Estado, señaló:

“En virtud del artículo 7º de esta ley se consagró la posibilidad de quienes hubieren laborado tanto en el sector público como en el sector privado, pudieran sumar los tiempos correspondientes para completar los veinte años de aportes requeridos y así “Tener derecho a una pensión de jubilación, siempre que cumplan 60 años de -edad- o más si es varón y 55 años o más de edad si es mujer.

(...)

De lo hasta aquí dicho, concluye la Sala que en virtud del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo de servicio en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos y que requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de la pensión”⁵.

La precitada ley fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, el cual en sus artículos 6º y 8º determinó el monto de la pensión por aportes y el Ingreso Base de Liquidación, en cuantía del 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. Sin embargo, el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, quedando un

⁵ CE, SCSC, Concepto No. 2006-0017 de 09 de marzo de 2006.

vacío normativo, respecto del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes.

Pese a lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones⁶ ha señalado que el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación por aportes para las personas que sean beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se debe liquidar de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con las Leyes 33 y 62 de 1985.

2.3.3 Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente a los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de los docentes vinculados al sector público oficial. Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-19.

A través de la sentencia de unificación jurisprudencial 014 CE S2 19 de 25 de abril de 2019⁷, la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que según el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, para tal efecto explicó lo siguiente:

(i). Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003⁸, quienes, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 y los factores que se deben tener en cuenta en el ingreso base de liquidación, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

En torno a ello, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

⁶ CE, SCA, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. No. 2002-02201 (2322-2008) y sentencia del 09 de julio de 2011, Rad. No. 2005-05520 (1117-09).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Radicado: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17); Demandante. Abadía Reynel Toloza; Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁸ Esta ley entró en vigencia el 27 de junio de 2003.

Edad	55 años
Tiempo de servicios	20 años
Tasa de remplazo	75%
Ingreso base de liquidación	Este ítem comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la <u>Ley 62 de 1985</u> , que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

(ii). Los docentes **vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003**, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

Para este personal, el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. Los parámetros que se deben observar con el fin del reconocimiento de la pensión de jubilación, de los docentes oficiales vinculados con posterioridad a las Ley 812 de 2003 son los que a continuación se relacionan:

Edad	57 años para hombres y mujeres
Tiempo de servicios	Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de remplazo	65%-85%
Ingreso base de liquidación	Este grupo comprende i) El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y ii) los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración

	por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.
--	---

Lo expuesto permite colegir que la aplicación de uno u otro régimen está condicionada a la fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia unificadora en alusión desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público.

Por tratarse de una sentencia de unificación, las reglas fijadas en ésta tienen valor vinculante y son de obligatorio cumplimiento en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. De tal manera, bajo dicha posición jurisprudencial se analizará el asunto de la referencia.

Ahora bien, la sentencia unificadora aludida, solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público y que estuviesen afiliados al FNPSM.

No obstante, en el caso de los docentes que tienen reconocida la pensión con acumulación de aportes prevista en la Ley 71 de 1988 también les resultan aplicables las reglas de la sentencia de unificación aludida en lo que concierne a la liquidación del derecho pensional con los factores salariales previstos en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año.

En efecto, en sentencia de 18 de febrero de 2021, dentro del radicado 25000-23-42-000-2013-06853-01 (4391-2014), la subsección A lo precisó en el siguiente sentido:

“Este presupuesto interpretativo ha sido sostenido por esta Subsección⁹ precisamente para resolver asuntos de reliquidación

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencias del 12 de noviembre de 2020, radicación: 15001233300020150069301(3213-2017), demandante: Gladys Yolanda Sáchica Bastidas; y

pensional con base en la Ley 71 de 1988 con sujeción de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 que desarrolla la interpretación del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes afiliados al FNPSM.

Bajo este contexto, encuentra la Sala que para los casos de docentes **con acumulación de aportes del sector público y del privado, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 33 de 1985 en armonía con la Ley 71 de 1988, esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados en el sector privado y público para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. (...)**

Por lo expuesto, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en los asuntos de docentes oficiales con acumulación de aportes en el sector privado, que solicitan el reconocimiento o reliquidación de su pensión de jubilación no modifica la posición adoptada por esta Corporación mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, pues es en cuanto al caso de marras que en esta oportunidad nos remitimos a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido que ésta permite el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el trabajador cuando aquel hubiese laborado en entidades de orden público y privado con el propósito de acceder a dicho beneficio pensional. Lo anterior, en observancia de los requisitos de edad, tiempo y monto pensional previstos en la Ley 33 de 1985, como en efecto se consideró en la mentada providencia.

(...)

Por último, en cuanto a los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y privado, debe señalarse que éstos efectivamente corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los descuentos respectivos y que se encuentren enlistados específicamente en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a éstos, puesto que tal presupuesto fue objeto de definición de regla jurisprudencial de manera general en la sentencia de unificación objeto de estudio para este tipo de servidores, sin que por el hecho de consolidarse este caso en una pensión por aportes o por la condición de educadores ello pueda variar para contabilizar todos los emolumentos de tipo remunerativo que se hubiesen percibido (...).”

Bajo tal entendimiento, en cuanto a los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y

privado, debe señalarse que éstos efectivamente corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los descuentos respectivos y que se encuentren enlistados específicamente en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

2.3.4 De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

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

La Ley 4 de 1976, reguló la materia pensional de los sectores públicos, oficial, semioficial y privado, de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

No obstante, el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 previó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, estaría constituido, entre otros recursos, por los derivados del 5% que pague el fondo **incluidas las mesadas**

pensionales adicionales como aporte de los pensionados. De modo que, la normatividad anteriormente citada, y que prohibía realizar descuentos por concepto de salud quedaron derogadas por virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. de conformidad con lo previstos en los artículos 2 de la Ley 4 de 1966, 37 del Decreto 3135 de 1968, artículo 90 del Decreto 1848 de 1969. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate. Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

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

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

(...)

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

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

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

“ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con

el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, **deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.**

(...)

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

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

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

“(…)

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

(…)”.

De lo aquí expuesto, se concluye que resultan procedentes los descuentos sobre mesadas adicionales de junio y diciembre, con destino a salud, a los docentes pensionados. Mas recientemente el Consejo de Estado en sentencia de

Unificación Jurisprudencial de 03 de junio de 2021¹⁰, determino que la interpretación gramatical debe acompasarse con lo indicado por la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, que los descuentos proceden aún de las mesadas adicionales. Y agregó:

1. “Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la **respectiva** mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

2. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 *ejusdem*, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.”

3. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.”

Con base en la anterior argumentación fijo la siguiente regla de unificación, con los respectivos efectos retrospectivos en el tiempo:

“2. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de

¹⁰ CE, SCA, S2, radicado No. 66001-33-33-000-2015-00309-01 (0632-2018), SUJ-024-CE-S2-2021, consultable en <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/245/66001-33-33-000-2015-00309-01.pdf>

forma retrospectiva¹¹. En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables. “

3. CASO CONCRETO

Se pretende en este asunto la revisión y ajuste de la pensión jubilación por aportes, incluyendo todos los factores salariales devengados por mi representada en el año anterior al cumplimiento de su ESTATUS PENSIONAL, esto es del 12 de mayo de 2014 al 11 de mayo de 2015, incluyendo para el efecto además de los ya reconocidos, también, SOBRESUELDO, PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE SERVICIOS, acorde con lo establecido en la Ley 91 de 1989, reconociendo, liquidando y pagando el RETROACTIVO al que haya lugar.

Igualmente se pretende el reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.

Pues bien, de lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora Teresa de Jesús Valbuena Vargas nació el **11 de mayo de 1960**, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la demandante contaba con **menos de 35 años**, situación que permite inferir que es no beneficiaria del régimen de transición **previsto en la Ley 100/93 (Art.36)**.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01.

Por su parte y como ya se ha decantado, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, establece que los educadores vinculados en la fecha de entrada en vigor de esta norma están amparados por el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, consta del análisis de los documentos obrantes en el expediente, que la accionante se desempeñó tanto en el sector privado, por 15 años (de 1981 a 1996) como en el sector público por 20 años (1996 a 2016), por este último hecho, la Secretaría de Educación Distrital le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, señaló como fecha de adquisición del estatus el 12 de septiembre de 2016, fecha para la cual efectivamente cumplió los 20 años de servicio como se advierte en la Resolución No. 0314 de 30 de enero de 2017. Se tiene que a la demandante le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, al cumplir los requisitos allí expuestos y sin que para dicho reconocimiento le hiciera falta tiempo alguno, por lo que no es aplicable el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y tampoco es posible la variación de la fecha de adquisición de su estatus pensional, en consecuencia, no se accederá a esta pretensión.

De otra parte, se advierte que el citado acto administrativo de reconocimiento estableció que la pensión vitalicia de jubilación se reconoció en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios del año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha de estatus pensional, para el que se fijó la fecha de 12 de septiembre de 2016 y en consecuencia los factores a tener en cuenta para la liquidación de su pensión corresponderían a los del año anterior a adquirir el estatus pensional.

Si bien en la demanda, se solicita se incluya el sobre sueldo, la prima de navidad y la prima de servicios, que percibía en el año 2014, así como la variación de la fecha del estatus pensional de la demandante y en su criterio, es sobre los factores de ese año que debe realizarse la liquidación, deberá recordarse los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y privado, debe señalarse que éstos efectivamente corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los descuentos respectivos y que se encuentren enlistados específicamente en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, luego no es posible incluir

factores diferentes a éstos, puesto que tal presupuesto fue objeto de definición de regla jurisprudencial de manera general en la sentencia de unificación objeto de estudio para este tipo de servidores, sin que por el hecho de consolidarse este caso en una pensión por aportes o por la condición de educadores ello pueda variar para contabilizar todos los emolumentos de tipo remunerativo que se hubiesen percibido

Así las cosas no hay lugar a variar la fecha de adquisición del estatus pensional como tampoco hay lugar a incluir factores percibidos sobre los cuales no se hubiese cotizado por tanto, no existe fundamento para variar la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación realizada por la Secretaría de Educación Distrital mediante Resolución 0314 de 30 de enero de 2017.

Así las cosas, y atendiendo las subreglas fijadas en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, de 25 de abril de 2019, es posible concluir que, en tratándose de los docentes, no es posible para el nominador efectuar cotizaciones sobre factores salariales distintos a los contemplados en la Ley 62 de 1985 (Ley 91 de 1989) o en el Decreto 1158 de 1994 (Ley 100 de 1993), respectivamente, como tampoco es viable que las entidades reconozcan y paguen la pensión de vejez o jubilación con factores distintos a los allí establecidos, más aún si sobre aquellos no se realizaron aportes. Y ello tiene fundamento, en la potestad de configuración legislativa que tiene el Congreso de la República para determinar sobre cuales factores se deben o no realizar cotizaciones o aportes pensionales, sin que ello, implique el desconocimiento de la naturaleza salarial de aquellos.

En este caso, las entidades demandadas no vulneraron el ordenamiento jurídico, porque la Secretaría de Educación Distrital, incluyó en la liquidación pensional todos los factores salariales sobre los cuales efectuó aportes la demandante en el último año de servicios anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio.

En consecuencia, no le asiste el derecho a la demandante para que se le reliquide su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989 en concordancia con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, como tampoco a que se efectúen cotizaciones o aportes sobre factores salariales no contemplados en dicha normatividad.

Con relación a los descuentos del 12% con destino a salud respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre, de conformidad con las subreglas fijadas en la sentencia de unificación jurisprudencial del 03 de junio de 2021, proferida por el Consejo de Estado, tampoco le asiste el derecho a que le sean suspendidos los referidos descuentos, en consecuencia, y no hay lugar a ordenar la devolución de los valores descontados por dicho concepto, como tampoco a disponer se suspenda dicho descuento.

DECISIÓN:

En la medida que se acreditó la configuración del acto administrativo ficto negativo, respecto de las peticiones presentadas por la demandante los días 27 de septiembre de 2018 (radicado 20180322840192 a Fiduprevisora S.A.), 11 de enero de 2019 (Radicado E-2019-4893 a la Secretaría de Educación Distrital y Fomag) y 25 de febrero de 2020 (radicado E-2020-31404 a la Secretaría de Educación Distrital y Fomag); se declarará probada la configuración del silencio administrativo negativo; sin embargo, se denegarán las pretensiones de la demanda como quiera que la demandante no tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes, ni al reajuste de la pensión de jubilación, como tampoco a que se le reintegren los valores descontados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales y se suspendan dichas deducciones.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda, razón con por la cual, la presunción de legalidad de los actos acusados se mantendrá incólume.

Condena en costas.

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

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

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

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹⁶ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibidem*, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

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

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

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

Amén de lo anterior, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso¹⁷ establece que «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación¹⁸» y en el expediente no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo, respecto de las peticiones presentadas por la señora Teresa de Jesús Valbuena Vargas, identificada con C.C. No. 23.636.788, ante la Secretaria de Educación Distrital, el Fondo nacional de Prestaciones Sociales del magisterio y la Fiduprevisora S.A., con radicados: 20180322840192 de 27 de septiembre de 2018, E-2019-4893 de 11 de enero de 2019 y E-2020-31404 de 25 de febrero de 2020.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

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

EXPEDIENTE N°.:11001-33-42-046-2021-00166-00
DEMANDANTE: TERESA DE JESÚS VALBUENA VARGAS
DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3658d21b2436f226efb1d2b606b42e66aca23a5cff30ee76490b5080c19c3dc6**

Documento generado en 29/11/2022 01:14:29 PM

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