

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00214-00
DEMANDANTE: MELBA LUCIA TOVAR NAVAS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO – FOMAG – y OTRA

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 MELBA LUCÍA TOVAR NAVAS, identificada con C.C. N°. 51.640.606 expedida en Bogotá, a través de apoderado, 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 – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y la FIDUCIARIA LA PREVISORA -FIDUPREVISORA-, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

"1. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, conforme a la petición radicada el 24 DE MARZO DE 2015, RADICADO N°. E-2015-51246, ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE (L) BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA.

2. Se declare que el señor (a) TOVAR NAVAS MELBA LUCÍA tiene derecho a que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) y la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A. le reconozca y pague, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal B) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, desde el reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación.

3. Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de mi mandante, el valor de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionado, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.

4. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de La Ley 1437 del 2011.

5. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.

6. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

7. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

"1. Mediante Resolución N°. 03729 de 07 de diciembre de 2005, el (la) Subsecretario Administrativo de Secretaría de Educación de Bogotá D.C., actuando en nombre y representación en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a mi poderdante la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 16 de agosto de 2005.

2. La mencionada Resolución determinó la cuantía de la pensión de mi representado (a) en la suma de \$1.464.288 M/CTE.

3. Mi poderdante mediante petición radicada el 24 de MARZO DE 2015, RADICADO N°. E-2015-52246 solicitó a la Entidad (es) demandada (as) el reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal B) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91

de 1989, y el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y mesada 13) le fueron descontados.

4. Mediante Oficio sin Número del 27 de marzo del 2015, Radicado Salida N°. S-2015-46385 -27/03/2015, la Secretaría de Educación de Bogotá, responde que:

“... continuación oficio descuentos de Salud 12%

Por otro lado la competencia de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá va hasta el reconocimiento mediante acto administrativo de las prestaciones sociales solicitadas por los docentes, tales como: pensión, cesantías, auxilios y cumplimiento de los fallos judiciales que ordenan el ajuste de una pensión o cesantía; más no el pago de las mentadas prestaciones sociales, y mucho menos los descuentos por salud del 12% de la mesada pensional, para el caso de los docentes es la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio, quien está llamado a realizarlos.

(...)

Por último los valores descontados de las mesadas pensionales, cualquiera sea su naturaleza, son efectuados y manejados por la Fiduciaria la Previsora S.A. y es por ello que la Secretaría de Educación Distrital procede a remitir sus peticiones (...).”

5. Por otra parte, mediante oficio 101040202, sin fecha, Radicado N°. 20160161196761 de 19 de diciembre de 2016 y recibido el 24 de octubre de 2016, la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., responde que:
(...)

“Y en cuanto a la solicitud de reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio (mesada 14), se indica lo siguiente:

Aplicando lo dispuesto en el Acto Legislativo N°. 001 de 2005, es necesario precisar que actualmente la señora MELBA LUCÍA TOVAR NAVAS identificada con C. C. N°. 51.640.606 tiene derecho a recibir la mesada de mitad de año (...)

Esta comunicación no tiene el carácter de acto administrativo por cuanto la FIDUPREVISORA S.A. no tiene competencia para expedirlos”

6. A la fecha de presentar esta demanda la (s) Entidad (es) no le ha comunicado a mi representado (a) ninguna decisión de fondo, que resuelva la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 de manera favorable o desfavorable.”

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 6, 48 párrafo transitorio 1º, 53, 58 y 336 de la Constitución Política.

De orden Legal: Ley 91 de 1989, literal b) del numeral 2º del artículo 15 y numeral 5º del artículo 2o; Ley 115 de 1994, artículo 115, y Ley 812, artículo 81.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, atendiendo que la prima de mitad de año no es equivalente a la mesada adicional del mes de junio, como quiera que la primera es producto de una negociación colectiva entre el Gobierno Nacional y Fecode, plasmado en el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 198, como compensación a la pérdida de la pensión gracia para esta franja de docentes. La segunda se creó con la ley 100 de 1993 en su artículo 142.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda: para ello, indicó, por un lado, que el Fondo no está legitimado en la causa por pasiva, y de otra parte, preciso que la prima de medio año y la mesada adicional tienen la misma naturaleza jurídica y la misma finalidad, cual es, otorgar un pago adicional en el mes de junio, por ello se haría mal en reconocer un tercer pago a la demandante en dicho mes.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró las pretensiones y los fundamentos de derecho contenidos en la demanda. Indicó que la prima de medio año es distinta a la mesada adicional de junio: Finalmente, solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Manifestó que el asunto objeto de debate ha sido decantado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previendo que no es posible el reconocimiento de la mesada pensional de junio o prima de medio año. En virtud de ello, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

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 la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *“Si en el presente asunto operó el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por la demandante ante el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.*

Dilucidado lo anterior, el Despacho entrará a establecer si le asiste o no el derecho a la demandante a que la entidad demandada le reconozca y pague la prima de medio año como mesada adicional”.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Mediante Resolución N°. 03729 de 07 de diciembre de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la señora Melba Lucía Tovar Navas, una pensión de invalidez, a partir del 16 de agosto de 2005 (folios 3-5).

2. El día 24 de marzo de 2015, la señora Melba Lucía Tovar Navas presentó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Bogotá, en el cual solicitó el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos y el reconocimiento de la prima de mitad de año (folios 13-15).
3. Mediante Oficio N°. E-2015-46385 de 27 de marzo de 2015, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, remite por competencia a la Fiduciaria la Previsora S.A., la petición formulada por la demandante (folios 8-9).
4. La Fiduciaria la Previsora S.A., por Oficio N°. 20160161196761, resolvió negar los derechos pretendidos por la demandante (folios 10-11).

2.3 Marco Normativo.

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 negativo.

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 Melba Lucía Tovar Navas, el día 24 de marzo de 2015, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Bogotá.

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 CPACA 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.”.

En el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 24 de marzo de 2015 (folios 13-15), ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Secretaría de Educación de Bogotá, a través del cual se pretendió el reintegro de los aportes pensionales descontados sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

Asimismo, está demostrado que la Secretaría de Educación, mediante oficio N°. E-2015-46385 de 27 de marzo de 2015, remitió por competencia a la Fiduciaria la Previsora S.A., la petición formulada por la señora Melba Lucía Tovar Navas. En efecto, una vez radicada la solicitud de la demandante, la Fiduciaria la Previsora, a través del Oficio N°. 101040202-20160161196761 de 19 de octubre de 2016, resolvió la petición presentada por aquella, negando los derechos solicitados por considerar que no tenía derecho al reconocimiento y pago solicitado, en virtud del régimen pensional de la accionante.

Sobre el particular, debe indicarse que la parte actora advierte que según lo indicado por la entidad demandada el Oficio N°. 101040202-20160161196761 de 19 de octubre de 2016 no es un acto administrativo, argumento que no tiene asidero jurídico, por cuanto, a través del mismo la Fiduciaria la Previsora, negó de manera clara y expresa los derechos pretendidos por la señora Melba Lucía Tovar Navas. En efecto, se observa que el contenido del precitado oficio conlleva una manifestación unilateral de la voluntad a través de la cual se resuelve en forma directa una actuación administrativa por remisión que hiciera la entidad administrativa encargada del trámite de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Económicas.

El artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que son actos administrativos definitivos aquellos que “decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto de 03 de julio de 2003, respecto de la naturaleza jurídica de los actos proferidos por la Fiduciaria la Previsora como Administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisó que aquellos tienen *“plenos efectos para los intereses particulares del peticionario en tanto le niega la pretensión en sede gubernativa, sin la intervención de ninguna otra autoridad”*, por lo tanto, la fiduciaria la Previsora asume *“la responsabilidad propia por dicha decisión, puesto que si no tenía competencia para tomar esa decisión, por ser la administradora de los recursos del Fondo”*¹.

La anterior posición fue adoptada por el Consejo de Estado en sentencia de 18 de agosto de 2011, providencia en la que se indicó que, la competencia funcional de la Fiduciaria la Previsora S.A., respecto al reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio *“se limita a aprobar o improbar los proyectos de resoluciones que previamente a (sic) elaborado la secretaria de educación del ente territorial”*; sin embargo, cuando la fiduciaria se arroga dicha facultad, los actos proferidos por aquella constituyen verdaderos actos administrativos, bajo el entendido que a través de ellos se niegan o reconocen las prestaciones solicitadas por los docentes, pues una interpretación en contrario supondría *“trasladarle al demandante las consecuencias de que la Fiduciaria la Previsora S.A., de manera unilateral, se hubiera arrogado funciones propias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que, le impediría acudir a esta jurisdicción para reclamar el reconocimiento y pago de un derecho”*²

De conformidad con lo expuesto, se tiene que la entidad demandada, a través de la fiduciaria la Previsora dio respuesta a la solicitud presentada por la demandante el día 24 de marzo de 2013, a través del Oficio N°. 101040202-20160161196761 de 19 de octubre de 2016, de lo que se infiere que en el presente proceso no operó el

¹ Sección Segunda Subsección “C”. Auto de 3 de julio de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto. Radicación Número: 11001-33-31-010.2007-00511-01.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 18 de agosto de 2011, Actor: Jaime Amorcho Murallas.

silencio administrativo negativo pretendido con la demanda dado que hubo una respuesta expresa de la administración que no fue objeto de cuestionamiento.

Al reglamentar el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determinó los elementos que deben integrar la demanda y estableció, que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Indicó además que si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.³

En idéntico sentido, la doctrina⁴ enseña, que el acto administrativo solo se entiende bien individualizado cuando se impugna como una unidad, conformada por el primer pronunciamiento y por los que resolvieron los recursos poniendo fin a la actuación administrativa.

Toda vez que el análisis de legalidad que corresponde al juez administrativo, se circunscribe a los actos respecto de los cuales se solicite expresamente la declaratoria de nulidad, es natural, que aquellos que no fueron objeto de demanda, escapen de su conocimiento. En estos eventos, resulta procedente que el fallador se inhiba de hacer pronunciamiento alguno, pues de lo contrario, asumiría una carga que le corresponde al actor y de paso, llevaría a la contraparte a una situación de desigualdad frente a aquel.

Esta exigencia es propia de un sistema de justicia primordialmente dispositiva⁵ como la Contenciosa Administrativa, en la que le está vedado al juez hacer abstracción de la demanda para declarar la nulidad de actos que no han sido atacados. Desde esta perspectiva, las morigeraciones de las que ha sido objeto el

³ C.P.A.C.A. ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

⁴ Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Octava Edición. Señal Editora, Bogotá, 2013. Página 281.

⁵ En punto a ello aclara el Despacho, que si bien el sistema dispositivo es el que predomina en esta jurisdicción, no puede aseverarse que se trate de una condición absoluta, pues en realidad, constituye sólo una tendencia, como quiera que existen claros signos de un ejercicio inquisitivo por parte del Juez, cuando en virtud de sus facultades oficiosas, puede modificar el curso normal del proceso e incluso, terminarlo. Al respecto, Monroy Gálvez hace una ilustración clara de la situación, según la cual, existe una relación simbiótica entre ambos sistemas, que explica en estos términos: "Pese a que la afirmación sea reiterativa, no debe olvidarse que la historia del derecho procesal no conoce un solo caso de vigencia real y efectiva de un ordenamiento procesal en el que alguno de los dos sistemas procesales esté presente sin ser afectado por el otro. Como ya se expresó, los sistemas citados no se presentan químicamente puros, lo que suele haber son tendencias más o menos definidas que permiten advertir la primacía de uno sobre otro.". Monroy Gálvez, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1996. Página 84.

principio de justicia rogada, no pueden desvirtuar la imparcialidad de que debe estar investido el fallador, ni desconocer el principio de buena fe que ha de regir el proceso, a través de la corrección oficiosa de la demanda.

Así, si bien es cierto que el juez contencioso, en su calidad de director del proceso, está en el deber de conducir el debate a fin de procurar siempre una solución efectiva de la controversia, no lo es menos, que el ejercicio de tal facultad encuentra límites en el principio de congruencia de la sentencia, así como en el respeto del derecho al debido proceso que le asiste a las partes.

El argumento que subyace aquí, es el de la congruencia externa de la sentencia⁴ y la consecuente prohibición de que en esta se hagan pronunciamientos respecto de asuntos que no fueron solicitados en la demanda, como mecanismo que desarrolla los principios de buena fe y lealtad procesal, garantizando así, el respeto al derecho al debido proceso, en la medida en que no se sorprende a la contraparte, "...cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda⁶".

En consecuencia, al no haberse acreditado la configuración del silencio administrativo, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse, por cuanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada. Así, el despacho no puede pronunciarse sobre la legalidad del Oficio N°. 101040202-20160161196761 de 19 de octubre de 2016, siendo este el acto administrativo que debió demandarse, dado que a través de este la administración puso fin a la actuación administrativa iniciada por la demandante, toda vez que a través del precitado oficio se le negó a la señora Melba Lucía Tovar Navas la devolución y suspensión de los descuentos por aportes a salud efectuados sobre las mesadas adicionales y el reconocimiento y pago de la prima de medio año, y un pronunciamiento sobre la legalidad del mismo implicaría un fallo *extra-petita* y el rompimiento del principio de congruencia que debe observar la sentencia.

Dado que no se cumplió con la preceptiva contemplada en el artículo 163 del C.P.A.C.A. es indudable que nos encontramos frente a una ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto no se individualizó con toda precisión el acto administrativo que dio respuesta a la petición incoada por la actora, dado que se recuerda solo los

⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de (21) de julio de dos mil once (2011), Radicado No. 85001-23-31-000-2005-00646-01(17532). C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, son aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Y únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hagan imposible su continuación son susceptibles de control jurisdiccional.

Lo anterior da lugar a declarar la ineptitud sustantiva de la demanda en tanto no se individualizó en debida forma el acto que resolvió la petición objeto de este proceso y por tanto da lugar, frente a las pretensiones planteadas, a negar la prosperidad de las mismas.

Ahora bien, si en gracia de discusión se entendiera que se configuró el silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada por la demandante el día 24 de marzo de 2015, advierte el despacho, no le asiste la razón a la parte demandante, respecto del esto es el reconocimiento y pago de la prima de medio año, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

Sea lo primero indicar que en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada. Así, el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

Ahorá bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció que los docentes vinculados con a partir del 31 de diciembre de 1980 tendrían derecho al reconocimiento de una pensión mensual de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios y adicionalmente una prima de medio año, cuya cuantía sería igual a una mesada pensional.

En efecto, al tener literal del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispone lo siguiente:

"2.- Pensiones:

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 hubieren 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. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.***

A. *Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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 del despacho)".*

Atendiendo a lo expuesto se tienen dos supuestos frente al reconocimiento de la pensión gracia: En el primero de ellos, aplicable a los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, se refiere a la posibilidad de reconocer tanto la pensión de jubilación ordinaria como a la pensión de gracia. El segundo, hace referencia a los docentes vinculados a partir del 01 de enero de 1981, quienes solamente tendrían derecho a la pensión de jubilación ordinaria con un beneficio adicional, consistente en el pago de una mesada adicional en el mes de junio.

No obstante lo anterior, el constituyente -secundario-, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, dispuso, a través del acto legislativo 01 de 2005, la imposibilidad de percibir más de trece mesadas pensionales, salvo si la cuantía pensional fuere inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes, siempre que la pensión se cause con anterioridad al 31 de julio de 2011.

Al respecto, las referidas normas disponen:

*"Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento
(...)*

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año."*

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que a la luz de la Constitución Nacional no es posible reconocer la mesada adicional de junio prevista en el numeral 2º de la Ley 91 de 1989, salvo si el docente tiene una mesada pensional inferior a 3 salarios mínimos.

Se debe precisar que, si bien la mesada adicional de junio prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, difiere de la contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, cierto es que bajo los preceptos normativos del Acto Legislativo 01 de 2005, no es posible reconocer un número mayor a 13 mesadas pensionales, independientemente del régimen pensional, salvo la excepción allí contemplada.

Decisión.

Con base en lo anterior, el despacho negará las pretensiones de la demanda, por cuanto, la parte actora no acreditó la existencia del silencio administrativo negativo, toda vez que hubo pronunciamiento expreso por parte de la Administración mediante Oficio N°. 101040202-20160161196761 de 19 de octubre de 2016. En dicho acto, la Fiduciaria la Previsora manifestó que la decisión allí contenida no era un acto administrativo; sin embargo, cierto es, que a todas luces la decisión allí plasmada resuelve de fondo la petición presentada por la señora Melba Lucía Tovar Navas, entendiéndose por tanto, que se trata de un acto administrativo definitivo que no fue objeto de demanda.

De otra parte, se tiene que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de medio año, equivalente a una mesada pensional, por cuanto, de acuerdo al ordenamiento normativo vigente para la época de reconocimiento de la pensión de invalidez -16 de agosto de 2015-, no es posible reconocer más de 13 mesadas pensionales, por virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, salvo en cuando la pensión reconocida sea inferior a 3 SMMLV. En efecto, de las pruebas allegadas al expediente, se observa que a la demandante le fue reconocida la mesada 14; sin embargo, se reitera, que a partir de la vigencia del referido acto legislativo solo es procedente reconocer la mesada 14, pero no la prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

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 Secciones⁷ 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 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “B”, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

* Subsección “B”, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez, Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES).

* Subsección “B”, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 1) de enero de 2017, Rad. N°. : 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. : 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, 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 declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.⁸

De igual forma, en lo que concierne 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.

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

FALLA

PRIMERO. Declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

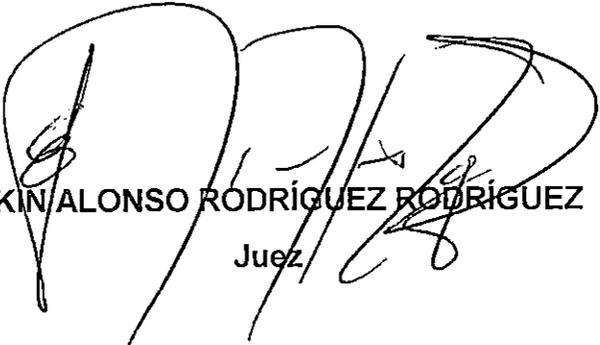
TERCERO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

⁸ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: María Elena Mendoza Sotelo. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez