

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2022-00053-00²
DEMANDANTE: VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTROS.

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

Víctor Ovelio Fajardo Rivera, identificado con C.C. No. 6.750.236, 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 Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG –, 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:

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² [11001334204620220005300](https://expediente.cendoj.gov.co/11001334204620220005300) (Solo podrán ingresar al expediente digital los sujetos procesales, para lo cual deberán hacerlo desde los correos electrónicos informados al despacho para efectos de notificaciones judiciales)

“PRIMERO: Solicito que se declare la NULIDAD DEL OFICIO No. S-2021-288743 del 6 de SEPTIEMBRE de 2021, proferido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante el cual niega el reconocimiento y pago de la Prima de Medio Año regulada por el literal B del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

SEGUNDO: Solicito que se declare la NULIDAD DEL ACTO FICTO o PRESUNTO teniendo en cuenta que la entidad FIDUPREVISORA S.A., no emitió respuesta frente a la petición No. 20210322852202 del 9 de AGOSTO de 2021 referente al reconocimiento y pago de la Prima de Medio Año regulada por el literal B del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

TERCERO: Que como consecuencia de la declaratoria de la NULIDAD de los actos administrativos identificados en los numerales anteriores, se CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – CUNDINAMARCA, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a proferir el acto administrativo que ORDENE:

3.1 Ordenar el RECONOCIMIENTO y pago de la prima de medio año establecida en el Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

CUARTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la INDEXACIÓN sobre las sumas de dinero adeudadas, por concepto del restablecimiento del derecho, conforme a 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.

QUINTO: 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

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Mediante Resolución No. 3676 del 6 de diciembre de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación a favor de Víctor Ovelio Fajardo Rivera.
2. El accionante solo goza de la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
3. El demandante solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, mediante petición radicada el 17 de agosto de 2021.
4. Mediante Oficio No. S-2021-288743 de 6 de septiembre de 2021 se negó el derecho pretendido por Víctor Ovelio Fajardo Rivera.
5. El día 9 de agosto de 2021, el actor solicitó ante la Fiduciaria La Previsora S.A., el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

6. La Fiduciaria La Previsora S.A., hasta la fecha, no ha notificado con los requisitos de ley respuesta a la petición de reconocimiento y pago de la prima de medio año.

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 y reglamentario: Ley 91 de 1989, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003 y demás normas concordantes.

1.1.4 concepto de violación

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Arguye que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de medio año contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 equivalente a una mesada pensional, comoquiera que se vinculó con posterioridad al 01 de enero de 1981 y con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003.

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, precisó que los pensionados del magisterio cuya vinculación hubiera sido posterior al 1 de enero de 1981, serán beneficiarios de una mesada adicional, pagadera a mitad de año.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. Como argumento de defensa, señaló que la mesada adicional que solicita la accionante tiene como fundamento la compensación a los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia. Además, indica que, respecto de la mesada adicional de mitad de año, la Corte constitucional estableció, en sentencia C-461 de 1995, que: i) la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada adicional contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ii) que la pensión gracia es una prestación económica equivalente a la mesada adicional estipulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y iii) que los afiliados al régimen especial docente que no sean beneficiarios de la pensión gracia ni sean beneficiarios de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 son beneficiarios de la mesada adicional establecida en el artículo 142 de 1993.

³ Documento 6 del expediente.

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, precisó que los pensionados del magisterio cuya vinculación hubiera sido posterior al 1 de enero de 1981, serán beneficiarios de una mesada adicional, pagadera a mitad de año.

Aunado a lo anterior, sostiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 prohibió de forma expresa que los pensionados, incluidos los docentes afiliados a FOMAG, recibieran más de 13 mesadas pensionales, salvo cuando se consolide el derecho pensional antes de 31 de julio de 2011 y cuando la pensión otorgada sea inferior o igual a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

1.2.3 Alegatos

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, que estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto por escrito, respectivamente, mediante proveído del 21 de octubre de 2022.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte demandada⁴: La apoderada de la entidad reiteró los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** y la **parte demandante** guardaron 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

En el caso *sub examine* se contrae a determinar: si operó el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por el demandante ante la Fiduciaria La Previsora, el día 9 de agosto de 2021.

Dilucidado lo anterior, el Despacho entrará a establecer si le asiste o no al demandante el derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la prima de medio año contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

⁴ Documento 14 del expediente.

2.2 Hechos probados

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

- Víctor Ovelio Fajardo Rivera estuvo vinculado con la Secretaría de Educación de Bogotá en el cargo de Docente desde el 5 de septiembre de 1983.
- Mediante Resolución No. 3676 de 6 de diciembre de 2005⁵, la entidad demandada le reconoció a Víctor Ovelio Fajardo Rivera una pensión mensual de jubilación, a partir del 2 de abril de 2004.
- El día 17 de agosto de 2021, el demandante solicitó, ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶.
- Mediante Oficio No. S-2021-288743 de 6 de septiembre de 2021⁷, la Secretaría de Educación de Bogotá le informó al actor que la mesada de medio año no es una prestación prevista en su régimen pensional. Además, indicó que no es competencia de la Secretaría reconocer lo pretendido por el accionante, razón por la que remitió por competencia su solicitud a la fiduciaria La Previsora S.A.,
- Igualmente, el día 9 de agosto de 2021, el demandante solicitó ante la entidad demandada, entre otras, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

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 las solicitudes la solicitud elevada por Víctor Ovelio Fajardo Rivera ante la fiduciaria La Previsora S.A., el día 9 de agosto de 2021.

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, 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

⁵ Páginas 21-25 del documento 1 del expediente.

⁶ Página 27 del documento 1 del expediente.

⁷ Páginas 29-34 del documento 1 del expediente.

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 derecho de petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A., el día 9 de agosto de 2021, a través de los cuales pretendió el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta de fondo, se considera que se configuró el silencio administrativo negativo.

Acorde con lo anterior, el despacho declarará configurado el silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada por la parte actora ante la Fiduciaria la Previsora S.A., el día 9 de agosto de 2021.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto ficto negativo proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

Para tal efecto, 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.

2.3.2 Régimen Pensional Docente

En cuanto al régimen pensional de los docentes, se debe precisar que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales pues tenían la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), además podían gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso pensión gracia y pensión de invalidez, sin embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, Ley 100 de 1993 (Art.279), Ley 60 de 1993 (Art.6) y Ley 115 de 1994 (Art.115), han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores. De ello se infiere, que los docentes cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

No obstante, 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.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado⁸ en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

“(…)

Sin embargo, **en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento** de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que **no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.**

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las **pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición**, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria. (...) (Énfasis agregado).

De lo anterior, se concluye que los docentes, a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación, por ello, se les aplica el régimen pensional de los servidores públicos, como lo señaló el Consejo de Estado, de tal manera, que se concluye que 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.

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁹, es imperioso concluir que la pensión de jubilación de los docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado y modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁰, previó que los docentes que se vincularan a partir de su vigencia deberían someterse al régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, para lo cual deberán

⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁹ “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 (...)

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 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, 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.(...)”

¹⁰ Artículo 81. [Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003.](#) 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. (...)

cumplirse todos los requisitos allí establecidos, salvo la edad, la cual será de 57 años para hombres y mujeres.

Así, se advierte que los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), mantienen el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 concordante con las Leyes 33 y 62 de 1985, mientras que los que se vincularan con posteridad a aquella, su régimen pensional sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, valga recordar que si el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación en virtud de lo señalado en el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993¹¹, salvo lo dispuesto en la ley en los artículos 14 y 142 de conformidad con lo establecido en la Ley 238 de 1995.

2.3.3 De la mesada 14

La mesada catorce o mesada adicional de junio, fue creada por el legislador, mediante en artículo 142 de la Ley 100¹¹. Aquella sería percibida por los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, equivalente a 30 días de la pensión, que se cancelaría con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

La mesada catorce, según lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-529-96, fue creada con el fin de evitar la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, bajo el entendido que los pensionados “en virtud de su situación y posición en la sociedad, requieren de una atención especial por parte del Estado”

No obstante, 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, y 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.

¹¹ **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.*

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Así mismo, se exceptúa a los afiliados al 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 en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

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.”

Esto significa que la mesada adicional de junio o mesada 14, fue eliminada para quienes se pensionaran a partir de la entrada en vigor de dicho acto legislativo, salvo, para quienes i) tuvieran reconocida su pensión con anterioridad al Acto Legislativo citado (25 de julio de 2005); ii) No estando pensionado a dicha calenda, hubieren causado el derecho con anterioridad al 25 de julio de 2005, es decir, quienes cumplieran a esa fecha los requisitos para pensión aunque no se hubiere reconocido; y iii) devenguen una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre y cuando la misma se cause antes del 31 de julio de 2011.

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció el reconocimiento y pago de una prima en el mes de junio en favor de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1989 y que no percibieran la pensión gracia. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-080 de 1999, determinó que también tenían derecho a dicha mesada los docentes que se hubieren vinculado con anterioridad a dicha calenda.

De acuerdo a lo expuesto, se evidencia que respecto del reconocimiento y pago de la mesada de junio o mesada catorce los docentes, dicha prestación tiene fundamento en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹²; sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se creó la mesada pensional para todos los regímenes para todos los pensionados a partir de 1994 (artículo 14), excluyéndose de aquel a los retirados de la fuerzas militares y a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por virtud del artículo 279 ibídem.

Posteriormente, se expidió la Ley 238 de 1995 que extendió los beneficios establecidos en el artículo 14 (reajuste con el IPC) y en el artículo 142 (mesada 14), para los a los retirados de las fuerzas militares y a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De modo que, al desaparecer los regímenes pensionales especiales, y como consecuencia de ello, la prima de mitad de año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se concluye que los docentes solamente podrían tener derecho al reconocimiento de la mesada 14 en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005.

¹² **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:

(...)

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.**” (énfasis agregado).

3. CASO CONCRETO.

Así las cosas, encuentra el despacho que Víctor Ovelio Fajardo Rivera adquirió su estatus pensional el 1 de abril de 2004, por ello, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación, mediante la Resolución No. 03676 de 6 de diciembre de 2005.

De modo que, de acuerdo al régimen pensional aplicable al actor, es posible el reconocimiento y pago de la mesada catorce, toda vez que adquirió su estatus pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), sin que sea limitante para ello la cuantía pensional.

Ahora, respecto al pago de la mesada catorce, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de noviembre de 2018¹³, se pronunció con relación a los requisitos frente a su reconocimiento, en los siguientes términos:

“[...] De la anterior disposición se establece que i) continuarán recibiendo la mesada catorce, quienes al momento de la publicación del Acto Legislativo 01 del 2005, a saber, 25 de julio del 2005, hubieren causado el derecho a la pensión; ii) será reconocida a las personas que, aunque no tenían reconocida la pensión antes de la publicación del acto legislativo, su derecho se hubiere causado con anterioridad; y, iii) la recibirán las personas a quienes se les reconoció pensión con anterioridad al 31 de julio del 2011, o que se hubiera causado su derecho con antelación a dicha fecha, siempre y cuando su mesada pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV. Pero, aquellos cuyo derecho prestacional se cause después del 31 de julio del 2011, solamente recibirán trece mesadas, independientemente del monto de ella¹⁴.”

Dentro del expediente se encuentra acreditado que a pesar de que el actor causó su derecho con anterioridad a la publicación del Acto Legislativo 01 de 2005, se observa que la mesada pensional que fue reconocida a través de la Resolución UGM 047693 de 25 de mayo de 2012, fue liquidada sobre \$2.066.165, monto superior a 3 salarios mínimos legales vigentes para el citado año 201228, circunstancia que lo excluye del reconocimiento y pago de la mesada catorce. [...]” (Resaltado fuera de texto).

En el mismo sentido, en sentencia de 28 de febrero de 2019¹⁵, en la que se estudió una acción de tutela presentada contra providencia judicial, por negar el reconocimiento de la mesada catorce, la Sección Segunda señaló:

“[...] Esto significa que la mesada catorce, fue eliminada para quienes se pensionaron a partir de la entrada en vigencia de dicho acto legislativo, salvo, la excepción consagrada en el parágrafo transitorio 6º de dicha norma, con respecto a las pensiones cuyo monto sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre y cuando el derecho a la pensión se causara antes del 31 de julio de 2011.

¹³ Expediente identificado con el número único de radicación 2013-00357-01

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero del 2012, expediente identificado con el número único de radicación 2012- 00067-01, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

De lo anterior se desprende que la mesada catorce sería otorgada a las personas que: i) aunque no se les hubiere reconocido su pensión antes de la publicación de la norma, causaran el derecho con antelación, o ii) se les reconociere pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011, o se hubiera causado su derecho antes de esta fecha, siempre y cuando su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]

Así las cosas, en este caso, el ad quem, consideró que el demandante no cumplía con la exigencia del párrafo transitorio 6° del artículo 1° del mencionado acto legislativo porque, si bien su pensión se causó y reconoció antes del 31 de julio de 2011, el valor de esta no es igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues, aun cuando comenzó a percibirla a partir del 7 de septiembre de 2010 en un monto de 1.388.681 pesos mensuales, dicho valor fue objeto de reliquidación en el 2014 mediante acto administrativo en el que se dispuso que el cuantía correcta de la prestación ascendía a 1.552.282 pesos. La anterior suma supera el valor establecido en la norma, si se tiene en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para el año en el que se comenzó a devengar la pensión era de 515.000 pesos. Es por esto que, la Sala estima que la autoridad accionada en el ejercicio de su autonomía judicial y conforme a los criterios de la sana crítica, luego de realizar un estudio detallado del asunto puesto en su conocimiento, dio aplicación a una norma de rango constitucional como lo es el Acto Legislativo 001 de 2005 y adoptó una interpretación válida para el caso, en contexto con la Constitución Política, de la cual no se avizora vulneración a derecho fundamental alguno [...].” (Destacado fuera de texto).

Justamente, se tiene que la excepción establecida en el párrafo transitorio 6° del artículo 48 de la Constitución Política, aplica respecto de quienes causaran la pensión desde el 25 de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2011, situación que no opera respecto del demandante, pues como antes se anotó su pensión se causó antes del 25 de julio de 2005, esto es, que por Resolución No. 3676 de 6 de diciembre de 2005¹⁶, la entidad demandada le reconoció a Víctor Ovelio Fajardo Rivera una pensión mensual de jubilación, a partir del 2 de abril de 2004.

Decisión

En la medida que se acreditó la configuración del acto administrativo ficto negativo, respecto de la petición presentada por Víctor Ovelio Fajardo Rivera el día 9 de agosto de 2021 ante la Fiduciaria La Previsora S.A., se declarará probado dicho fenómeno jurídico. Igualmente, se encontró acreditado que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce, pues su estatus pensional se consolidó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como administradora del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -, pagarán al demandante las mesadas pensionales dejadas de percibir, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

¹⁶ Páginas 21-25 del documento 1 del expediente.

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el accionante por concepto de mesada número catorce, 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.

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

No obstante, al momento de realizar la reliquidación y pago de las diferencias antes mencionadas, la entidad demandada deberá descontar las sumas correspondientes por concepto de los factores respecto de los cuales no se efectuaron aportes, como se indicó en precedencia.

Prescripción

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de estas**, que no se hubiesen reclamado en tiempo. Al respecto, el Decreto 3135 en su artículo 41, dispone:

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que, en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por Víctor Ovelio Fajardo Rivera ante el FOMAG el **24 de marzo de 2021**, lo que quiere decir que, a la luz de las normas transcritas, las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **24 de marzo de 2018** se encuentran prescritas.

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 del CPACA, 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 Secciones¹⁷ 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 ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”, consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B, consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección “B” consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

* Sección Cuarta, consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

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 acudiría 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 defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

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.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo 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 que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo frente al derecho de petición presentado el día 9 de agosto de 2021, ante la Fiduciaria La Previsora S.A., por VÍCTOR OVELIO FAJARDO RIVERA, identificado con C.C. No. 6.750.236, solicitando el reconocimiento y pago de la prima de junio establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD** del acto administrativo ficto o presunto negativo producto del derecho de petición presentado el día 9 de agosto de 2021, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; por VÍCTOR OVELIO FAJARDO RIVERA, identificado con C.C. No. 6.750.236.

TERCERO: DECLARAR la **NULIDAD** del oficio No. S-2021-288743 del 6 de septiembre de 2021, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de medio año o mesada 14 regulada por el literal B del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en favor de VÍCTOR OVELIO FAJARDO RIVERA, identificado con C.C. No. 6.750.236.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, a que reconozca y pague a VÍCTOR OVELIO FAJARDO RIVERA, identificado con C.C. No. 6.750.236, la mesada 14 establecida en el literal B del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a

partir del 04 de abril de 2004, pero con efectos fiscales a partir del 24 de marzo de 2018, por virtud de la prescripción trienal.

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, a INDEXAR los valores que se reconozcan en favor de VÍCTOR OVELIO FAJARDO RIVERA, identificado con C.C. No. 6.750.236, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia en términos del art 187 del C.P.A.C.A.

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

SÉPTIMO: Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

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: **c0172ede9c4c8bf23e9f2ef26e5ce180680b0ffa7e0748e4731502d2303acff0**

Documento generado en 12/12/2022 04:16:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>