



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADOS: 11001-33-35-012-2020-00363-00
DEMANDANTES: MYRIAM OLIVA VILLAMIL DE HERRERA
DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A. Y DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

**ACTA No. 181 - 2022
AUDIENCIA INICIAL CONJUNTA**

Se deja constancia que la presente audiencia se realiza de manera conjunta con el proceso No. 11001-33-35-012-2021-00084-00.

En Bogotá D.C. a los veinticuatro (24) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022) siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, se constituyó en audiencia virtual bajo la plataforma de Lifesize, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: JHENNIFER FORERO ALFONSO, apoderada de Myriam Oliva Villamil de Herrera, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.363.499 y T.P. 230.581 del C.S. de la J.

Nación - Ministerio de Educación - FOMAG: JHON FREDY OCAMPO VILLA, apoderado sustituto de la entidad demandada, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.010.206.329 y T.P. 322.164 del C.S. de la J., el Despacho le reconoce personería para actuar en tal calidad dentro de los dos procesos antes referenciados.

Secretaría de Educación Distrital: SANDRA JULIETTE RUBIO VELÁSQUEZ, apoderada sustituta de la entidad demandada, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.424.215 y T.P. 367.287 del C.S. de la J., se le reconoce personería.

El Ministerio Publico: FABIO ANDRES CASTRO SANZA Procurador 62 Judicial I Asuntos Administrativos.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

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

1. Saneamiento del proceso.
2. Decisión de excepciones previas.
3. Fijación del litigio.
4. Conciliación.
5. Pruebas.

6. Alegaciones finales.
7. Sentencia.

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

II. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

La apoderada de la entidad demandada propuso como excepciones previas las denominadas «Falta de legitimación en la causa por pasiva» en el proceso 2020-363 y «Falta de integración del litisconsorte necesario - Secretaría de Educación Distrital» en el expediente 2021-084.

Estos medios exceptivos están sustentados en que quien debe ser llamada en calidad de demandada es la Secretaría de Educación Distrital, puesto que de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como con el Decreto 2831 de 2005, fue esta entidad la que realizó el estudio fáctico y jurídico respecto de los derechos pensionales reclamados por los actores.

Al punto, el Consejo de Estado¹ ha sostenido que la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa aprobación del acto administrativo por el cual se reconoce y ordena el pago de la prestación solicitada por el docente, que se emite a través de la Secretaría de Educación del ente territorial respectivo al que se encuentre vinculado el docente solicitante. Lo anterior, sin perder de vista que tal acto se expide en nombre del aludido Fondo.

En esta medida, el Despacho arriba a las siguientes conclusiones:

(i) Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le fue atribuida la obligación de reconocer y pagar las prestaciones que por ley les corresponden a los docentes afiliados a este, entre ellas, la pensión de jubilación. De modo que la entidad aquí demandada sí está legitimada en la causa por pasiva para comparecer en los dos procesos.

(ii) La Secretaría de Educación cuya vinculación se pide únicamente tiene a su cargo elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, para que sea aprobado o improbad por FIDUPREVISORA S.A., quedando en cabeza del FOMAG materializar el pago de la prestación social. Así pues, no resulta necesaria su vinculación al proceso 2021-084.

Por ello, se declaran no probadas las excepciones previas de FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORTE NECESARIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, formuladas por la apoderada de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Ver sentencias del 14 de febrero de 2013, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1048 de 2012, y del 10 de julio de 2020, Consejero Ponente César Palomino Cortés, número interno 3334 de 2017.

Ahora, se advierte que dentro de los argumentos de defensa expuestos por la apoderada de la Secretaría de Educación Distrital en el proceso 2020-363, invocó en favor de esa entidad la falta de legitimación en la causa por pasiva. De acuerdo con lo precisado en precedencia y a la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, la comparecencia de dicha entidad no es necesaria en este proceso, por lo tanto, se declara la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Secretaría de Educación Distrital y, en consecuencia, se ordena su desvinculación del referido proceso.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

III. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Se encontraron probados los siguientes hechos:

- 1.** La docente Myriam Oliva Villamil de Herrera presta sus servicios a la educación pública a través del Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación Distrital, desde el 8 de febrero de 1993 a la fecha (fls. 51 a 52 archivo 01).
- 2.** Mediante la Resolución No. 4111 del 16 de agosto de 2013, expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, se reconoció una pensión de jubilación a Myriam Oliva Villamil de Herrera, en cuantía de \$1.931.383 y efectiva a partir del 25 de mayo de 2012. El IBL de esta pensión lo constituyen la asignación básica y la prima de navidad, percibidos en el año anterior a la adquisición de su status pensional (fls. 23 a 25 archivo 01).
- 3.** La demandante presentó la petición No. 20190323133772 del 7 de septiembre de 2019 ante FIDUPREVISORA S.A., tendiente, entre otros fines, a que se reintegren las sumas descontadas por concepto de aportes a pensión sobre mesadas adicionales, así como el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año prevista en la Ley 91 de 1989 (fl. 42 archivo 01). Esta solicitud fue negada a través del Oficio 20191092366371 del 25 de octubre de 2019 (fls. 43 a 46 archivo 01).
- 4.** Por medio de petición radicada el 12 de noviembre de 2019 bajo el número E-2019-175267, la docente Myriam Villamil de Herrera solicitó efectuar los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales por ella percibidos durante su vinculación (fl. 38 archivo 01). Esta solicitud fue despachada negativamente por la Secretaría de Educación Distrital, mediante el Oficio No. S-2019-235798 del 26 de diciembre de 2019 (fls. 39 a 41 ibídem).
- 5.** El 12 de noviembre de 2019, la demandante radicó una nueva petición, que se identifica con la radicación E-2019-175233, en la cual solicitó ante el FOMAG lo siguiente:
 - a. Reajustar su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.
 - b. Efectuar los descuentos a pensión sobre todos los factores salariales percibidos al momento de adquirir su condición de pensionada.
 - c. Reintegrar los descuentos efectuados a salud sobre las mesadas pensionales adicionales.
 - d. Reconocer y pagar la prima de medio año de que trata el artículo 15, literal b, de la Ley 91 de 1989 (fls. 26 a 31 archivo 01 Ex. Digital).

6. Esta solicitud fue resuelta a través de la Resolución No. 5131 del 22 de septiembre de 2020, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, en la cual se negó (i) la reliquidación pensional, (ii) efectuar los descuentos a pensión sobre factores salariales devengados por la actora, y (iii) el reintegro de los aportes a salud sobre mesadas adicionales. En cuanto al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, señaló que Fiduprevisora S.A. es la encargada de administrar los recursos del FOMAG (fls. 32 a 35 archivo 01 Ex. Digital).

7. Este acto administrativo fue aclarado mediante la Resolución No. 6438 de 20 de noviembre de 2020, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, pero se mantuvo la decisión de negar la devolución de los aportes a salud sobre mesadas adicionales.

En este orden de ideas, corresponde al Despacho determinar si la docente Myriam Oliva Villamil de Herrera tiene derecho:

(i) a que su pensión de jubilación sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

(ii) a que se efectúen los descuentos a pensión sobre todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación de su condición de pensionada.

(iii) a que se suspendan los descuentos para salud efectuados sobre las mesadas adicionales.

(iv) al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año de que trata el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se pronuncien sobre la fijación del litigio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

IV. CONCILIACIÓN

Se concede el uso de la palabra a la apoderada de la entidad demandada, para que manifieste si le asiste ánimo conciliatorio.

La profesional del derecho anunció que a su prohijada no le asiste ánimo conciliatorio en los dos asuntos que se analizan. Por lo anterior, se da por agotada esta etapa procesal, y se procede al decreto de pruebas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

V. DECRETO DE PRUEBAS

Se incorporarán como material probatorio los documentos que fueron aportados con los escritos de demanda y con las contestaciones.

Teniendo en cuenta que las documentales que obran en los procesos son suficientes para proferir decisión de fondo, se da por agotada esta etapa procesal.

VI. ALEGACIONES FINALES

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus argumentos de conclusión. Las alegaciones quedan registradas en la videgrabación de la audiencia.

VII. SENTENCIA

1. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si la docente Myriam Oliva Villamil de Herrera tiene derecho:

(i) a que su pensión de jubilación sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

(ii) a que se efectúen los descuentos a pensión sobre todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación de su condición de pensionada.

(iii) a que se suspendan los descuentos a salud efectuados sobre las mesadas adicionales.

(iv) al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año de que trata el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. Consideraciones

2.1. Reliquidación de la pensión de jubilación a quienes ostentaron la calidad de docentes vinculados al FOMAG.

Sobre el régimen pensional de los docentes adscritos al Magisterio que se vincularon con antelación del 27 de junio de 2003, esto es antes de la vigencia de la Ley 812 de ese año, la normatividad aplicable es la Ley 33 de 1985.

El Despacho en oportunidades anteriores asumió la tesis adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, por ser la jurisprudencia aplicable en vigencia de la Ley 33, ordenando incluir como factores en la liquidación pensional los previstos en la Ley 62 de 1985, y aquellas sumas percibidas de manera habitual y periódica como contraprestación directa por los servicios, independientemente de la denominación que se les hubiese dado.

2.1.1. Sentencia de Unificación del abril de 2019.

Con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, se establecieron nuevas reglas, con vigencia retrospectiva, para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud de la Ley 33 de 1985, así:

- a. Para efectuar la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, se deben tener en cuenta únicamente los*

factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se pueden incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Los factores de liquidación son:

- *asignación básica.*
 - *gastos de representación.*
 - *primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;*
 - *dominicales y feriados,*
 - *horas extras,*
 - *bonificación por servicios prestados,*
 - *trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en un día de descanso obligatorio.*
- b.** *Los docentes vinculados a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les es aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, a excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.*

Agrega el Despacho que la vigencia retrospectiva que fue decretada por la alta Corporación impide tener en cuenta una interpretación diferente, así la demanda haya sido presentada con anterioridad a la Sentencia de Unificación o el retiro se haya efectuado antes de esta sentencia.

2.2. Descuentos en salud del 12% sobre las mesadas adicionales de los docentes oficiales jubilados.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales de los docentes. Por ello, los recursos que lo conformaban, entre otros, correspondía al 5% de cada mesada pensional – incluidas las adicionales - de acuerdo con el artículo 8 de la citada norma.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 812 de 2003, se modificó el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG. El artículo 81 estableció que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres.

En cuanto a los descuentos en salud el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003 reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la suma de aportes para salud y pensiones el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Situación que incrementó el porcentaje que debe asumir el empleador y que fue avalado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el parágrafo transitorio 1º del artículo 1, que adicionó el artículo

² En adelante FOMAG.

48 de la Carta Política, pero que no modifica el régimen prestacional establecido en el artículo 8 de la ley 91 de 1989.

En ese orden ideas, el Consejo de Estado estableció en la reciente sentencia de unificación SUJ-024-CE-S2-2021 del 03 de junio de 2021, la siguiente regla jurisprudencial:

«REGLA DE UNIFICACIÓN

1. 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».

2.3. Descuentos a pensión sobre los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional

En el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, se establece el principio general de obligatoriedad de las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral. Lo anterior, porque en un sistema de seguridad social contributivo, como lo es el sistema pensional colombiano, la cotización se erige como la fuente de financiamiento de los beneficios pensionales. De allí que dicho pago mensual debe efectuarse a lo largo de la vida laboral como un porcentaje de los ingresos respectivos³, de tal modo que la entidad para la cual labora el afiliado, se encuentra en la obligación de realizar este descuento sobre la base de cotización del mismo, que es el ingreso mensual⁴.

Por su parte, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha precisado que los descuentos correspondientes a los aportes a la seguridad social deben realizarse durante la vida laboral del pensionado y sobre los cuales se calculó el ingreso base de liquidación⁵. En efecto, al referirse a la expresión «por toda la vida», la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

«Entonces, la expresión “por todo el tiempo de vinculación laboral”, contenida en la sentencia de 22 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, **debe entenderse circunscrita a la cotización sobre los factores salariales que se van a incluir en el cálculo pensional con ocasión de la reliquidación**, lo cual debió realizarse durante los periodos en los que la actora efectivamente los devengó.

En tal virtud, no se genera una limitación injustificada al derecho a la seguridad social, como lo indica la accionante en la solicitud de tutela, pues en últimas la decisión que accedió al reconocimiento de la reliquidación pensional, no podía pasar por alto el criterio de sostenibilidad fiscal consagrado en la Carta Política (art. 48), lo que se manifiesta en la orden de descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, como se acaba de indicar».

³ Sentencia del 31 de enero de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 68001-23-31-000-2008-00516-01(0343-2012).

⁴ Sentencia del 4 de septiembre de 2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 25000-23-25-000-2006-08455-01(1420-11).

⁵ Sentencia del 14 de marzo de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto. Radicación No. 11001-03-15-000-2018-00683-01(AC).

Así las cosas, la obligación de efectuar los correspondientes aportes al sistema pensional, está circunscrita exclusivamente a los factores salariales que componen el ingreso base de liquidación de la pensión que, al cumplir los requisitos para su acceso, llegara a tener derecho el afiliado.

2.4. Prima de mitad de año prevista en el literal b numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989

La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados al FOMAG: uno, para quienes se vincularan hasta el 31 de diciembre de 1980 y, otro, para quienes se vincularan con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos previó una prima de medio año, equivalente a una mesada pensional, así:

«B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 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 de/ último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional». (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Posteriormente, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas adicionales para los pensionados, la primera pagadera en noviembre y la segunda pagadera en junio, correspondiente a treinta (30) días del valor de la pensión. Veamos:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

[...]

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual”.

Al estudiar la constitucionalidad del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994 declaró inexecutable las expresiones “actuales” y “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988”. A juicio de la Corte tales expresiones incurrieron en “una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional, sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1° de enero de 1988”.

Así mismo, en sentencia C-461 de 1995, la Corte advirtió que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, gozarían adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, era asimilable a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, comoquiera que

la mesada adicional de la Ley 91 de 1989 sólo era aplicable a los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981 y no a aquellos vinculados con anterioridad a dicha fecha, la Corte dispuso que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 le sería aplicables a estos pensionados en virtud del principio de igualdad.

Tal interpretación dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Conforme a la nueva normatividad, a los docentes vinculados al FOMAG le serían aplicables los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, que contemplaron respectivamente los reajustes anuales de pensión y la mesada adicional de mitad de año.

No obstante, el Acto Legislativo 01 de 2005⁶ limitó la vigencia de la mesada 14 contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con esta reforma, actualmente, sólo tienen derecho a 14 mesadas pensionales al año quienes, por regla general, causen su derecho a pensión hasta el 25 de julio de 2005 y, de forma excepcional, quienes después de la fecha en mención y hasta el 31 de julio de 2011, causen su derecho a pensión y su cuantía sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, dado que la prima de medio año prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también fue objeto de limitación por el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, sólo podrá ser reconocida a quienes hayan causado su derecho pensional hasta el 25 de julio de 2005 o, a quienes, hubiesen causado su derecho a pensión hasta el 31 de julio de 2011, siempre que su mesada pensional no sea superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta interpretación ha sido avalada por el Consejo de Estado en sede de tutela, al considerar que la equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: «no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados»⁷.

3. Caso concreto

3.1. De la reliquidación pensional

⁶ "ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "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 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. 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".

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

La docente Myriam Oliva Villamil Herrera nació el 24 de mayo de 1957, prestó sus servicios como docente de vinculación distrital y los 55 años, le fue reconocida y liquidada la pensión vitalicia de jubilación bajo los parámetros establecidos por las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 esto es:

- Al cumplir 55 años –Estatus pensional (24 de mayo de 2012)
- Al acreditar más de 20 años de servicios (desde el 8 de febrero de 1983)
- Con el 75% de lo devengado el año anterior al cumplimiento del estatus

Como pretensiones de la demanda se solicita la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo todos los factores salariales en cuantía del 75% del valor de los salarios devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, teniendo en cuenta los incrementos, primas y demás emolumentos que constituyen el salario, en especial, la prima de navidad y la prima especial.

Conforme a la situación fáctica descrita, y dando aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes, solamente deben incluirse los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales incluidos en la Resolución No. 4111 del 16 de agosto de 2013	Factores devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus	Factores salariales artículo 1º de la Ley 62 de 1985
Asignación básica	Asignación básica	Asignación básica
Prima de vacaciones	Prima de vacaciones	Gastos de representación
	Prima de navidad	Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
	Prima especial	Dominicales y feriados
		Horas extras
		Bonificación por servicios prestados
		Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Conforme se aprecia en el cuadro anterior, la docente Myriam Oliva Villamil de Herrera devengaba para el año anterior a la adquisición de su estatus, además de la asignación básica, las partidas denominadas prima de navidad, prima de vacaciones y prima especial, las cuales no se encuentran enlistadas como factores salariales en la Ley 62 de 1985.

Sin embargo, pese a que la prima de vacaciones no está enmarcada como factor salarial en la norma citada, ella fue tenida en cuenta por la entidad demandada para liquidar la pensión de jubilación que hoy percibe la actora. De allí que la enjuiciada mantuviera el quantum de la aludida prestación cuando expidió la Resolución No. 5131 de 2020, pues en su criterio, la liquidación de esa pensión únicamente con la asignación básica, resultaba desfavorable a la pensionada. En este orden de ideas, se mantendrá incólume la decisión que, en ese sentido, se adoptó en el mencionado acto administrativo, pues no es objeto de controversia en este proceso.

En consecuencia, se procederá a negar las pretensiones orientadas a la reliquidación de la pensión de jubilación devengada por la docente Myriam Oliva Villamil de Herrera quien ostentó la calidad de docente oficial.

3.2. De los descuentos a pensión sobre los factores salariales devengados

La parte actora pide que se ordene a la entidad accionada efectuar los descuentos al Sistema General de Pensiones, sobre todos los factores salariales devengados por ella durante el año anterior a la adquisición de su status pensional.

Esta pretensión no tiene vocación de prosperidad, comoquiera que de conformidad con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables, la obligación del empleador, en esta materia, está limitada a descontar el porcentaje legal con destino al mencionado sistema únicamente respecto de los factores salariales que componen el IBL de la pensión que, a futuro, pudiera reconocerse en favor del afiliado.

Por lo tanto, no es procedente ordenar los descuentos reclamados sobre unos emolumentos que no están enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 como factores salariales para liquidar la pensión de jubilación de la actora, máxime cuando tales montos, cuya inclusión fue solicitada para la reliquidación pensional, fueron desestimados cuando se resolvió dicha pretensión en esta sentencia.

En consecuencia, el Juzgado negará esta pretensión.

3.3. De la suspensión y reembolso de los descuentos en salud de las mesadas adicionales

En punto a esta pretensión, corresponde al Despacho aplicar la jurisprudencia del órgano de cierre en la Jurisdicción de lo contencioso administrativo que definió la procedencia de los descuentos en salud del 12% de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al FOMAG, de acuerdo con lo señalado por el artículo 8, inciso 5, de la Ley 91 de 1989.

En consecuencia, no es viable acceder a las pretensiones que en este sentido se invocan en la demanda, puesto que los descuentos de los aportes en salud, así como la devolución de los ya efectuados tienen la finalidad de contribuir al sostenimiento del sistema especial de salud que administra el FOMAG, y que están dirigidos al personal docente, así como a sus beneficiarios.

Argumento que se sustenta en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y en las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y la sentencia de unificación SUJ-024-CE-S2-2021 del 03 de junio de 2021.

3.4. Del reconocimiento y pago de la prima de mitad de año

Solicita la parte actora que se le reconozca la prima de mitad de año en los términos regulados por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con la jurisprudencia citada en precedencia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han considerado que esta prima es equiparable a la mesada adicional de junio o mesada 14.

Atendiendo esta identificación, se advierte que tanto en la contestación de la demanda como en el oficio No. 20191092366371 del 25 de octubre de 2019, firmado por FIDUPREVISORA S.A., este derecho pensional fue negado argumentando (i) que dicha prima fue derogada en virtud de la expedición de la Ley 238 de 1995, y (ii) que en consideración a que la actora adquirió su status pensional con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, solo le existe el derecho a devengar 13 mesadas pensionales al año.

En el caso de autos, está demostrado que la demandante adquirió el estatus pensional el 25 de mayo de 2012, cuando cumplió los requisitos de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación, que fue concedida mediante Resolución No. 4111 del 16 de agosto de 2013, es decir, con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, (25 de julio de 2005) y al 31 de julio de 2011, fecha límite para configurar el derecho a la mesada catorce.

Se concluye entonces que a la docente Myriam Oliva Villamil de Herrera no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio, o mesada 14. En consecuencia, el Despacho negará esta pretensión.

4. Condena en costas

En materia de condena en costas, el artículo 188 del CPACA prevé que «la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil». El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, adicionó un inciso a la norma anterior, el cual dispone que «En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal» - Destaca el Juzgado-.

El Despacho condenará en costas a la parte demandante y en favor de la entidad demandada en cuantía del 10% del SMMLV del año 2022, por cuanto las pretensiones de esta demanda fueron invocadas con absoluto desconocimiento de la jurisprudencia que, para la fecha de su interposición, regía frente al tema de inclusión de factores salariales.

5. Remanentes de los gastos

Toda vez que no se acreditó en el expediente que se hayan consignado gastos procesales, no hay valores pendientes para liquidación por este concepto.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y en favor de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con 10% del SMMLV del año 2022, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No hay lugar a liquidación de remanentes.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHIVAR las diligencias previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS⁸

Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos a que haya lugar.

La apoderada de la parte demandante interpuso el recurso de apelación e informa que, en el término legal lo sustentará.

Fungió como Secretario Ad-Hoc: Juan Francisco Ibarra Fonseca.

⁸ El archivo audiovisual de esta audiencia puede consultarse haciendo click en el siguiente enlace: <https://playback.lifesize.com/#!/publicvideo/c9d09f5b-8b3e-4130-bb30-3fbc2adeeae0?vcpubtoken=f47a679d-01bb-4ead-87ea-e259329acd95>

Firmado Por:
Yolanda Velasco Gutierrez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 012 Contencioso Admsección 2
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: **cbcc3976f9714f9e66143b66ae485733244b36bbda8e073789482ce3537483f2**

Documento generado en 29/08/2022 07:53:27 AM

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