



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

AUDIENCIA DE PRUEBAS MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO WALDO FONSECA ARQUEZ CONTRA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA RADICACIÓN 2016-00447

En Ibagué, siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), de hoy veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué, CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS, se constituye en audiencia pública, en la fecha indicada en audiencia inicial, dentro del proceso señalado en el encabezamiento, para llevar a cabo la audiencia establecida en el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se hacen presentes las siguientes personas:

Parte demandante:

MARIA NINY ECHEVERRY PRADA, quien se encuentra plenamente identificada en el expediente, y se encuentra reconocido como apoderada de la parte actora.

Parte demandada:

JAIRO ALBERTO MORA QUINTERO identificado y reconocido como apoderado del Departamento del Tolima.

ELSA XIOMARA MORALES BUSTOS identificada y reconocida como apoderada de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FNPS. NO SE HACE PRESENTE

Ministerio Público: No asistió.

Procede el Juez a indicar las condiciones de la audiencia, las cuales están señaladas en la Ley.

SANEAMIENTO

Revisado el expediente, el Despacho no encuentra que en las actuaciones surtidas se haya configurado vicio alguno que de origen a una nulidad. Se le concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si existe motivo de nulidad que pueda invalidar las actuaciones, por lo que se da el uso de la palabra a las partes "SIN OBSERVACION ALGUNA" Escuchadas las partes, y teniendo en cuenta que no hay observación alguna. Se declara precluida esta etapa. La anterior decisión queda notificada en estrados... Sin recurso.
de sus pretensiones señala:

DE LAS PRUEBAS DECRETADAS:



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

En audiencia inicial por considerar relevante para el esclarecimiento de los hechos, se solicitó a la Secretaria de educación Departamental certificación en la que conste los factores salariales sobre los cuales se realizaron aportes o cotizaciones al sistema General de pensiones respecto del señor WALDO FONSECA ARQUEZ C.C. 9.091.478.

Se toma atenta nota que, el apoderado del Departamento del Tolima a través de escrito radicado en la secretaria, el pasado 22 de octubre, allegó constancia expedida por la Secretaria de Educación Departamental en la que da cuenta de los factores salariales sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones - periodo noviembre de 2008 a noviembre de 2009. Ver folio 1,2 c2

Teniendo en cuenta que no existen más pruebas que practicar se declara cerrado el debate probatorio. La anterior decisión queda notificada en estrados, y se le concede el uso de la palabra a las partes asistentes: Parte demandante: DE ACUERDO, Parte demandada: Departamento del Tolima CONFORME

CONCLUSION

Una vez evacuadas las etapas de que trata el artículo 180 del CPA y de lo CA, y como quiera que se prescindió del término probatorio. En ejercicio de la facultad contenida en el inciso final del artículo 179 del CPACA, y dada la naturaleza del asunto se procederá a escuchar las alegaciones de las partes, adviértase, que si a bien tienen alegar de conclusión, deben abstenerse de repetir lo dicho en la demanda y su contestación, pues deben aportar nuevos elementos al debate. La anterior decisión se notifica por estrados, SIN RECURSOS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Inicia al Minuto 3.26 Termina al minuto: 3.44 se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, solicita se acceda a las pretensiones.

Parte demandada:

Departamento del Tolima: 3.53 Se ratifica en la contestación de la demanda ... termina al minuto 4.04

SENTENCIA ORAL

Una vez escuchados los alegatos presentados por los apoderados, el Despacho procede a dictar sentencia.

Así las cosas, se encuentra acreditado en el expediente los siguientes hechos:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

1. Que, la secretaria de Educación y Cultura – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 0713 del 23 de julio de 2010, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del señor WALDO FONSECA ARQUEZ la cual fue reconocida con fundamento en la Ley 33 de 1985, Ley 6ª de 1945, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, liquidada con base en el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en que adquirió el status pensional, folios 3,4
2. De la precitada Resolución, se advierte que el demandante nació, el 2 de diciembre de 1954 y, adquirió el status pensional, el 2 de diciembre de 2009 fecha en la cual se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se le reconoció la pensión a partir del 3 de diciembre de 2009.
3. Que, para liquidar la mesada correspondiente solo se tuvo en cuenta el sueldo básico, prima de alimentación y prima de vacaciones devengado en el último año de servicios anteriores a la adquisición del status
4. Que, el 19 de mayo de 2015, solicitaron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de su pensión de vejez, sin que la administración hubiera dado respuesta;
5. Que, en el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionado devengó sueldo, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones; no obstante, su empleador efectuó aportes al sistema de Seguridad Social respecto de sueldo básico, boif, mensual 1junio/14-31 diciembre/15-, HE com. Planta G.12, 13 y 14 y sueldo de vacaciones (fl.1,2 c2)
6. Igualmente, del expediente administrativo allegado por el Departamento del Tolima (Fis 84 a 93)

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y su autenticidad no ha sido controvertida.

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

La parte actora tiene derecho a que su pensión sea reliquidada con el promedio de sueldos y factores devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionado, conforme los lineamientos señalados por la ley y la jurisprudencia.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Nación-Ministerio de Educación-FNPSM: La pensión de jubilación del actor no debe ser reliquidada de vejez, por cuanto, al momento de su reconocimiento se efectuó conforme a los lineamientos de la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y decreto 1158 de 1994, disposiciones según las cuales no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales reclamados por la parte actora



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Departamento del Tolima: El ente territorial es una entidad intermediaria encargada de desarrollar actividades de carácter particular que no comprometen la voluntad de dicha entidad, razón por la que no está llamado a responder por las pretensiones de la demanda.

FUNDAMENTOS LEGALES

Para resolver el presente asunto, es preciso tener en cuenta las siguientes normas: Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005, Decreto 1045 de 1978 y Decreto 1848 de 1969, jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes en síntesis son:

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 señala que 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 esa ley. Conviene recordar que, anterior a esta norma se encontraba la Ley 115 de 1994, que consagraba que el régimen docente sería el consagrado en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, a través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, clasificó y dio alcance a la vinculación del personal docente estatal así: **nacionales** que- *Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, nacionalizado* - *Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, y Territoriales* *Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, y dispuso el régimen prestacional de esta clase de trabajadores de la educación.*

De esta forma en el numeral 2º literal b del artículo 15 ídem indicó que, los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozaran del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Ahora bien, es válido recordar que la Ley 33 de 1985 regulaba las pensiones de los empleados públicos, señalaba que, la pensión de jubilación del empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que haya servido de base para realizar los aportes, que no son otros que los expresamente previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, a saber, *“asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.”* Vale indicar que, con ocasión de la interpretación dada por el



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Honorable Consejo de Estado respecto los factores que integran el ingreso base de liquidación pensional, el listado traído por esas disposiciones se entendía como enunciativo y no taxativo, lo que hacía posible incluir otros factores salariales percibidos por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

No obstante lo anterior, esta posición fue modificada por la sala plena del Honorable Consejo de Estado en providencia del 28 de agosto de 2018, analizó el alcance del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – Régimen de Transición y determinó que los factores salariales que deben constituir el Ingreso base de Liquidación para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición son aquellos sobre los cuales el servidor haya efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Sin embargo, preciso que: *“la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989¹. Por esta razón, estos servidores no están cubiertos por el régimen de transición.*

Ahora bien, a efecto de determinar el Ingreso base de liquidación para liquidar las pensiones del sector docente, es preciso recordar que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, determinó que para gozarían del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, que no es otro que el previsto en la Ley 33 de 1985. En tal sentido, resulta del pertinente traer a colación la segunda subregla fijada por nuestro órgano de Cierre en la precitada providencia en la que luego de efectuar claras precisiones sobre el artículo 48 constitucional, restringió la interpretación extensiva que se efectuaba con relación a los factores salariales en el sentido de indicar que: *“La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. De esta manera atendiendo el espíritu del artículo 48 constitucional determino en la segunda subregla que indica que “los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”*

¹ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Del caso en concreto.-

Con los documentos obrantes en el proceso se encuentra acreditado que WALDO FONSECA ARQUEZ nació el 2 de diciembre de 1954, se vinculó como docente, el 13 de julio de 1981, adquiriendo su status de pensionado, el 2 de diciembre de 2009; lo que quiere decir que, para el momento en que adquirió el status cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto en virtud a la remisión expresa que efectuara inciso 2º del numeral 2º del literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, 55 años de edad y más de 20 años de servicio; de ahí que, acreditados los requisitos se reconoció a través de Resolución No. 713 del 23 de julio de 2010 pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Que, en el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionado, según certificación de salarios aportada por la parte actora, es decir, entre el 1 de diciembre de 2008 y el 2 de diciembre de 2009, percibió asignación básica, prima alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones docente – fl. 7,8; sin embargo, según certificación expedida por la secretaría de educación departamental para aportes al sistema de seguridad social solo se tuvieron en cuenta como factores salariales sueldo básico, bonificación mensual 1 de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2015, HE Com. Planta G.12,13, y 14 D. 2277 y sueldo de Vacaciones, excluyendo la prima de navidad.

Así las cosas, como quiera que el demandante pretende se reliquide su mesada pensional incluyendo en la base de liquidación la **prima de navidad** por haber sido devengada en el año anterior a la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionado, conforme lo certificado por su empleador se advierte que sobre el mismo no se efectuó aporte alguno, por lo que acogiendo el precedente vertical al no haber efectuado aportes sobre dicho concepto no es posible ordenar su inclusión en la mesada pensional.

Es claro que, no basta con haber devengado dicho concepto sino que le corresponde al actor acreditar que sobre los mismos hizo aportes al sistema de seguridad social a más de estar enlistados en la disposición que gobierna la situación pensional del actor, por lo que es del caso indicar que a voces del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, no era dable al empleador efectuar descuento sobre dicho concepto.

De acuerdo a lo anterior, y como quiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos demandados, se negarán las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la parte actora a favor de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FPSM, para tal efecto fíjese como agencias en



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

derecho la suma de Un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo 1887 de 2003 numeral 3.1.2. Por secretaría liquidense Costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESOLVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FPSM, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma de Un salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría liquidense costas-.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

La anterior decisión queda notificada en estrados, se advierte que de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del CPACA, cuentan con el término de diez (10) para interponer y sustentar recurso de apelación.

Se termina la audiencia siendo las diez y cincuenta y cuatro minutos de la mañana (10.54 a.m). La presente acta se suscribe por quienes intervinieron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

MARIA NIKY ECHEVERRY PRADA

Apoderado parte Demandante

JAIRO MORA QUINTERO

Apoderado Departamento del Tolima

MARIA MARGARITA TORRES LOZANO

Profesional Universitario

CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
Juez

