



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

ACTA N.º. 128

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE MARY ROSALBA PERILLA AMAYA CONTRA LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL RADICACIÓN 2017-00189

En Ibagué, siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 a.m.), del día siete (07) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué, FLABIO GENTILE MENDOZA QUINTERO, se constituye en audiencia pública, dentro del proceso señalado en el encabezado, con el fin de llevar a cabo la audiencia establecida en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Acto seguido se le concede el uso de la palabra a las partes para que se identifiquen:

Parte demandante:

GUILLERMO ALFONSO GALINDO ANGEL, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.110.453.158 expedida en Ibagué y Tarjeta Profesional N.º. 248.560 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien se encuentra debidamente reconocido como apoderado judicial de la parte demandante.

Parte demandada:

Departamento del Tolima

JAIRO ALBERTO MORA QUINTERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.924.939 expedida en Herveo y Tarjeta Profesional N.º. 160.702 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien se encuentra debidamente reconocido como apoderado judicial de la parte demandada Departamento del Tolima.

Nación – Ministerio de Educación – FNPSM

No asistió apoderado alguno.

Ministerio Público: YEISON RENÉ SANCHEZ BONILLA, Procurador Judicial 105 ante lo Administrativo.

CONSTANCIA: El Despacho deja constancia de la inasistencia del apoderado de la parte actora y de apoderado del FOMAG.

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 suscitadas se haya configurado vicio alguno que de origen a una nulidad. Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que no existen irregularidades que puedan dar origen a una nulidad se declara precluida esta etapa. La decisión se notifica en estrados. **SIN RECURSO.**



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

EXCEPCIONES PREVIAS

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el escrito de contestación de la demanda, propuso las siguientes excepciones:

- Falta de integración del contradictorio – Litis Consorcio Necesario.
- Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante.
- Buena fe.
- Prescripción y/o prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda y/o reclamación administrativa.
- Inexistencia de la vulneración de principios legales.
- Desconocimiento de la distribución de roles establecidos en las normas vigentes que regulan la materia y el contrato de fiducia mercantil N° 013 de 1990.
- Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir acto administrativo y reconocer el derecho reclamado.
- Innominada o genérica.

El DEPARTAMENTO DEL TOLIMA propuso en el proceso, las siguientes excepciones:

- Imposibilidad legal para acceder a lo pretendido por inaplicabilidad de la norma.
- Cobro de lo no debido
- Prescripción

Al tenor de lo previsto en los artículos 100 del Código General del Proceso y numeral 6° del artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., puede configurarse la excepción de **prescripción** propuesta por los apoderados de las entidades demandadas; sin embargo, en lo que atañe este medio de defensa, previene el Despacho que deberá estudio al fondo del asunto, y solo en el evento en que se llegare a acceder a las pretensiones de la demanda.

Ahora, luego de revisar las excepciones propuestas por la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, advierte el despacho que, se puede considerar como de naturaleza previa la integración de Litis consorcio necesario con el Departamento del Tolima y la FIDUCIARIA LA PREVISORA; y la inexistencia del demandado.

En lo que respecta a estas solicitudes, las mismas no tienen vocación de prosperidad en atención a:

Frente a la **integración del Litis consorcio necesario** se evidencia en el plenario que el departamento del Tolima se encuentra vinculado al presente asunto en calidad de demandado; en lo que atañe a la vinculación de la FIDUPREVISORA S.A., es preciso recordar, que de acuerdo con las competencias asignadas por el legislador, los entes territoriales tienen a su cargo la administración del personal docente y la prestación de servicio en educación, de ahí que, atendiendo el objeto del presente medio de control, no se encuentra fundamento legal que justifique la vinculación de una entidad que simplemente administra los recursos provenientes del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, se



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

declara **no probada** la excepción denominada Integración de litisconsortes necesarios.

Ahora, respecto a la excepción **inexistencia del demandado**, y estudiados los argumentos esgrimidos por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional, puede concluir el Despacho que los mismos corresponden a la excepción previa denominada **falta de legitimación en la causa por pasiva**, debido a que lo que se expone es que la entidad no es competente para expedir los actos administrativos demandados, siendo así el Despacho entrará a resolver la misma como tomándola como falta de legitimación en la causa por pasiva.

En tal sentido, es preciso señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la ley 962 de 2005 *“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administra el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”*

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, en el artículo 3º indicó *“la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, será efectuada a través de la Secretaría de Educación de las entidades certificadas”*.

Así las cosas, es meridianamente claro que las Secretarías de Educación al momento de reconocer las prestaciones sociales de los docentes, expide los actos administrativos en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, la entidad territorial no compromete su voluntad, sino que lo hace por virtud de la delegación que la Ley le ha hecho.

A más de ello, la Nación – Ministerio de Educación Nacional es quien para todos los efectos es la competente quien responder por la prestación reclamada, pues, debe recordarse que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica (artículo 3º de la Ley 91 de 1989) razón por la cual no puede ser demandado directamente, sino a través de la Nación – Ministerio de Educación.

En virtud de lo anterior, **se declarara no probada la excepción** de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Para la condena en costas por lo mencionado anteriormente se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y se dispondrá sobre ello en la sentencia.

Esta decisión queda notificada por estrados y de ella se da traslado a las partes.
SIN RECURSOS.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

Sobre este aspecto en particular, es preciso indicar que la demandante solicita se declare la **nulidad parcial** del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 004594 del 26 de septiembre de 2013 suscrita por el Secretario de Educación del departamento del Tolima, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, por cuanto no se incluyeron todos los factores salariales



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

devengados por la actora durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada.

Además, solicita que se declare la **nulidad** del acto administrativo contenido en la resolución N°. 5648 del 11 de octubre de 2016 suscrita por el Secretario de Educación del departamento del Tolima, por medio de la cual se niega la solicitud de reliquidación de pensión de jubilación presentada por la docente el 04 de abril de 2016; así como la nulidad de la Resolución N°. 0016 del 03 de enero de 2017 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la peticionaria con el primer acto en mención, conformándolo en todas sus partes.

Aunado a lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita la parte actora se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “Oficina regional del Tolima” y el departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura Departamental, deben reconocer y pagar una pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada, tales como asignación básica mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, etc.; junto con el valor retroactivo que se pudiese generar, valores debidamente indexados, con efectividad a partir del día 20 de mayo de 2011.

Igualmente, se ordene la inclusión en nómina de pensionados con el respectivo reajuste o reliquidación.

Solicita que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de ley conforme a la ley 71 de 1998; e igualmente conforme lo ordenado por el Honorable Consejo de Estado con la fórmula $R=RH$ (valor histórico) X índice final / índice inicial mes a mes; y que de estos valores se descuente el valor parcial de las mesadas pagadas.

Finalmente, se condene a las entidades a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA; a que den cumplimiento a la sentencia conforme lo disponen los artículos 192 y 195 del CPACA; y que se condene en costas a las demandadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

Como aspectos fácticos relevantes, señala el apoderado que la demandante nació el 19 de mayo de 1956; y que prestó sus servicios a la secretaría de educación del departamento del Tolima, laborando en forma continua e ininterrumpida por más de veinte años como docente nacional, motivo por el cual le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, pero afirma que en la liquidación de ésta no fueron tenidos en cuenta la integridad de los factores salariales devengados por la actora en el año anterior a la adquisición del status pensional – 19 de mayo de 2011, especialmente el haber de prima de navidad.

Seguidamente, el profesional del derecho realiza un relato sucinto de las actuaciones administrativas surtidas en virtud de la obtención de la pensión así:

- Mediante resolución N°. 04594 expedida por el Secretario de educación y cultura del departamento del Tolima, de fecha 26 de septiembre de 2013 se le reconoció a la señora MARY ROSALBA PERILLA AMAYA, una pensión vitalicia de jubilación.
- Mediante petición de radicado SAC No. 2016-PQR-10561 del 05 de abril de 2016, la accionante solicitó la revisión, reajuste y/o reliquidación de su



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

- El 11 de octubre de 2016, mediante Resolución N°. 5648, la entidad demandada resolvió negar la solicitud referida; decisión que fue sujeta de recurso de reposición el día 04 de noviembre de 2016; y a través de la Resolución N°. 0016 del 03 de enero de 2017, el secretario de educación y cultura departamental dicho recurso fue resuelto en manera desfavorable confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

Para finalizar, el apoderado refiere que la docente demandante ostenta la condición de docente nacional.

Ahora, resulta procedente señalar que la apoderada de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en cuanto a los hechos, indicó que es cierto el relativo a la vinculación de la demandante y el reconocimiento de una pensión de jubilación; frente a los relativos a la supuesta ilegalidad de los actos administrativos demandados y la responsabilidad de la entidad que represente manifiesta que no son ciertos que deben ser probados en el trámite procesal.

Por su parte, el apoderado del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA afirma que son ciertos la totalidad de los hechos impetrados en la demanda.

Así las cosas y una vez revisados los argumentos expuestos tanto en la demanda, como en la contestación, el litigio queda fijado en determinar *“si, a la señora Mary Rosalba Perilla Amaya le asiste el derecho a que se revise y reajuste su pensión de jubilación con la inclusión de todos los sueldos y factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada”*.

De la fijación del litigio se corre traslado a las partes asistentes, quienes manifiestan estar de acuerdo con el problema jurídico planteado.

CONCILIACIÓN

En esta etapa, se le concede el uso de la palabra al apoderado del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA quien señaló que: *“(...) según reunión del comité de la entidad no se presenta formula conciliatoria”*, y aporta la respectiva certificación.

Teniendo en cuenta que no asiste ánimo conciliatorio, se da por agotada esta etapa procesal. Decisión que queda notificada en estrados. **SIN RECURSOS.**

MEDIDAS CAUTELARES

No existe solicitud de medidas cautelares. Se declara superada esta etapa. Se notifica esta decisión en estrados, **SIN RECURSO.**

DECRETO DE PRUEBAS

PARTE DEMANDANTE

Se tendrán como pruebas las aportadas con la demanda, las cuales se encuentran consignadas de folio 02 a 30 del expediente, y serán valoradas en el momento procesal oportuno. El apoderado de la parte actora no solicitó la práctica de pruebas.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

PARTE DEMANDADA

Entidades demandadas

El apoderado del departamento del Tolima allegó, junto con la contestación de la demanda, apartes del expediente administrativo de la demandante, los cuales obran a folios 96 – 122 del cuaderno principal.

El día 26 de abril del año en curso, el apoderado de esta entidad allegó los antecedentes administrativos de la demandante, los cuales reposan a folios 1 – 25 del cuaderno n° 02.

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no allegó pruebas.

Niéguese la prueba documental solicitada en atención a que los antecedentes administrativos ya reposan en el expediente, además estos deben ser allegados íntegramente por el apoderado judicial del departamento, no sin antes recordarle a la apoderada que es su deber realizar las gestiones necesarias y pertinentes para lograr su obtención; sin embargo, respecto a este punto es preciso resaltar que a folios 153-156 del expediente reposa solicitud de la apoderada dirigida al departamento del Tolima, en ejercicio del derecho fundamental de petición, en la cual se requiere que se alleguen los antecedentes administrativos que atañen al objeto del presente litigio.

Los anteriores documentos son incorporados al expediente y quedan a disposición de las partes con el fin de garantizar el derecho de defensa y debido proceso, y hacer efectivo el principio publicidad y contradicción de la prueba en la forma y términos dispuestos en la ley.

En virtud de lo anterior, y como quiera que no hay más pruebas de practicar, se declara clausurado el debate probatorio. Esta decisión queda notificada en estrados, y se le corre el uso de la palabra a las partes asistentes:

PARTE DEMANDADA – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: sin recurso.

MINISTERIO PÚBLICO: Solicita se decrete pruebas en el sentido de oficial a la Secretaria de Educación Departamental para que certifique si la prima de nacimiento de la demandante fue objeto de aportes al sistema de seguridad social en pensión.

PRONUNCIAMIENTO DEL DESPACHO: El Despacho señala que no es procedente en razón a que con el material probatorio obrante en el proceso es suficiente para emitir decisión de fondo.

CONCLUSIÓN

Una vez evacuadas las etapas de que trata el artículo 180 del CPA y de lo CA, 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, sino que deben aportar nuevos elementos al debate. La anterior decisión se notifica por estrados. **SIN RECURSOS.**



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: no asistió.

Parte demandada: Se ratifica en argumentos señalados en la contestación de demanda.

Ministerio Público: solicita se denieguen las pretensiones de la demanda en aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto del año 2018.

Los demás argumentos quedan debidamente grabados en el sistema de audio y video.

Escuchadas las alegaciones de cierre de las partes, el Despacho profiere la siguiente:

SENTENCIA ORAL

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

1. Que, la Secretaría de Educación y Cultura – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución N°. 0459 del 26 de septiembre de 2013, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la señora MARY ROSALBA PERILLA AMAYA, 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 servicios anterior a la fecha en que adquirió el status pensional. (Folios 58 - 59, c1).
- 1.1. De la precitada Resolución, se advierte que la demandante nació el 9 de mayo de 1956, ingresó a laborar el 25 de octubre de 1981, y adquirió el status pensional, el 19 de mayo de 2011 fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se le reconoció la pensión a partir del 20 de mayo de 2011.
- 1.2. Que, para liquidar la mesada correspondiente solo se tuvo en cuenta el sueldo básico y prima de vacaciones devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status.
2. Que, en el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionada (2010-2011), la señora Perilla Amaya devengó la asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones docente. (Fls. 14-15 Cuaderno principal).
3. Expediente administrativo allegado por el departamento del Tolima (Fls. 1 a 25, c2).

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

El demandante en su condición de docente vinculado en vigencia de la Ley 101 de 1989 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 pensionada.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

- **Nación-Ministerio de Educación-FNPSM:** La pensión de jubilación del actor no debe ser reliquidada, 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.
- **Departamento del Tolima:** Indicó que es una entidad intermedia encargada de desarrollar actividades de carácter particular que no comprometen la voluntad de dicha entidad, razón por la cual no está llamado a responder por las pretensiones de la demanda.

TESIS DEL DESPACHO:

Acogiendo el precedente vertical fijado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que con fundamento en el artículo 48 constitucional determinó el criterio de interpretación para reajustar las pensiones que se reconocieron con fundamento en el régimen general de la pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, se negarán las súplicas de la demanda en atención a que no se acreditó que se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones sobre los conceptos solicitados.

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:

Sea lo primero advertir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de Ley 100 de 1993, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se encuentran cobijados por el régimen general de seguridad social que establece dicha legislación.

El artículo 81 de 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 antes del 27 de junio de 2003¹, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

Conviene recordar que, anterioridad a esta norma se encontraba la Ley 115 de 1994 que literalmente consagraba lo siguiente:

“ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

¹ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores."

En armonía con la anterior disposición, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, preveía:

"ARTÍCULO 6º. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. <Ley derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001> Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Las funciones de dirección del sistema de salud, se realizará a través de las direcciones locales, distritales y seccionales según las competencias definidas en la presente ley. Las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el párrafo 1o. del artículo 19, de la ley 10 de 1990, y se les aplicará el régimen de personal previsto en el artículo 26 de dicha ley. En virtud de las autorizaciones de la Ley 4a. de 1992 el CONPES social establecerá los reajustes salariales máximos que podrán decretar o convenir las entidades territoriales. Igualmente establecerá los



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrán considerarse para la expansión de las plantas de personal, y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política. El Gobierno Nacional establecerá un programa de estímulos a la eficiencia técnica y administrativa de los sectores de salud y educación, y se abstendrá de participar en programas de cofinanciación cuando las entidades territoriales de que trata la presente ley, no demuestren eficiencia o no efectúen la expansión racional de sus plantas de personal. [...].”

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 *idem* indica:

“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: [...]*

2. Pensiones:

A. *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.*

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 1º 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.” - (Negrilla fuera de texto)*

Se concluye entonces, que los docentes vinculados a partir de la expedición de la ley 60 de 1993 quedaban sometidos a las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, por lo que para efecto de condiciones y requisitos para la pensión de jubilación habrá que remitirnos a la disposición general, esto es, la ley 33 de 1985.

Ahora bien, la citada Ley regulaba las pensiones de los empleados públicos e indicó 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) 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



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

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 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, la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado en providencia del 28 de agosto de 2018, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política, precisó la interpretación que más se ajusta al régimen general de pensiones que se encuentra contenido en el Ley 33 de 1985. En esa medida, indicó lo siguiente:

“98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. **Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.***

En esa medida para efecto de fijar el IBL fijó unas subreglas a saber:

*“**La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: [...]”*

No obstante, a región seguido precisó que: *“la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija 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 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”.***

De lo anterior, es claro que, tratándose del personal docente, el periodo a liquidar es aquel previsto en la Ley 91 de 1989, que corresponde al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios.

² 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 [...]”.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

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 gozarían del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, que no es otro que el previsto en la Ley 33 de 1985.

La referida Ley resulta aplicable por expresa disposición de la Ley 91 de 1989, sin que de ninguna manera haya lugar a afirmar que la vigencia de la Ley 33 de 1985 respecto de los docentes oficiales sea consecuencia del régimen de transición previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, como se dijo, dicha legislación excluyó de forma expresa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En tal sentido, resulta del pertinente traer a colación la segunda subregla fijada por el Órgano de Cierre Jurisdiccional 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 determinó en la segunda subregla 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."

DEL CASO CONCRETO

De conformidad con el acervo probatorio que milita en el expediente, se encuentra acreditado que MARY ROSALBA PERILLA AMAYA nació el 19 de mayo de 1956, y se vinculó como docente el 25 de octubre de 1981, adquiriendo el status jurídico de pensionada el 19 de mayo de 2011; lo que quiere decir que, para el momento en que consolidó su derecho pensional 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, es decir, contaba con 55 años de edad y más de 20 de servicio; de ahí que, acreditados los requisitos, se reconoció a través de Resolución N°. 04594 del 26 de septiembre de 2013 pensión de jubilación equivalente al 75% del salario básico y prima de vacaciones promedio del último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del status.

Que, en el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, según certificación de salarios allegada por el departamento del Tolima, es decir, entre el 19 de mayo de 2010 y el 19 de mayo de 2011, percibió la asignación básica, la prima de navidad y prima de vacaciones docentes.

Puestas así las cosas, como quiera que la demandante pretende se reliquie su mesada pensional incluyendo en la base de liquidación la **prima de navidad** por



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

haber sido devengada en el año anterior a la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionada, se advierte que no es posible acceder a lo pretendido, por cuanto no se encuentra acreditado que hubiere efectuado aportes respecto a este emolumento laboral, 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 entonces que, no basta con haber devengado dichas adehalas sino que: 1) Debe acreditarse que sobre los mismos se efectuaron aportes al sistema de seguridad social y; 2) Deben estar enlistados en la disposición que gobierna la situación pensional de la actora, que como se indicó en precedencia es el artículo 1º de la Ley 62 de 1985³.

Siendo así, de la precitada norma se desprende que:

“ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Se avizora entonces, que la prima de navidad no se encuentra enlistada dentro de los haberes sobre los cuales se deben realizar aportes al sistema de seguridad social en pensiones; y además debe tenerse en cuenta que al no estar contemplados en dicha disposición, no era dable al empleador efectuar descuento sobre tales conceptos. Siendo así, no le es posible al despacho acceder a las pretensiones de la demanda, pues no se cumplen las subreglas establecidas por el órgano de cierre de esta jurisdicción, citadas con anterioridad.

De acuerdo a lo anterior, y como quiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo demandado, se negarán las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El despacho se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante como extremo procesal vencido en este proceso (art. 365 CGP), habida cuenta que cuando el actor promovió el presente medio de control (2017), lo hizo bajo la expectativa de que sería aplicable a su caso particular, el precedente judicial aplicable para la época en donde se reconocía la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último de servicios; no obstante, para este estado del proceso, actualmente es aplicable una nueva directriz jurisprudencial emanada de la Sala Plena del H. Consejo de

³ Este artículo dispone lo siguiente:

“Art. 1º Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.”.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

Estado, que en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁴, adoptó una postura contraria a la que venía adoptando este juzgado, por lo que, a fin de no hacer más gravosa la situación del demandante y en vista del abrupto cambio jurisprudencial, el despacho no condenará en costas.

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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 las partes disponen de 10 días para interponer recurso de conformidad con el artículo 207 del C.P.A. y de lo C.A.

Se deja CONSTANCIA sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en esta audiencia. La presente audiencia quedó debidamente grabada en sistema audiovisual, y hará parte del acta, obrando en DVD que se rotulará con el radicado y partes correspondientes a este proceso.

De igual forma, la información de los comparecientes a esta audiencia queda registrada en el formato de control de asistencia, el cual forma parte íntegra e inseparable del acta de esta diligencia.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por concluida siendo las 10:01 A.M. y se firma por quienes en ella hemos intervenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 1437 de 2011.


FLABIO GENTILE MENDOZA QUINTERO
Juez


DEYSSI ROCIO MOTCA MANCILLA
Profesional universitaria

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, Consejero Ponente César Palomino Cortés.



Rama Judicial
República de Colombia

SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE JUSTICIA DEL CIRCUITO BAQUÉ TOLEMA

ACTA N° 0128

CONTROL DE ASISTENCIA A AUDIENCIA O DILIGENCIA

1. INFORMACIÓN DEL PROCESO Y DE LA AUDIENCIA

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	MARY ROSALBA PERILLA AMAYA
Demandado	NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO
Radicación	2017-0189
Fecha	MAYO 7 DE 2019
Clase de audiencia	AUDIENCIA INICIAL
Hora de inicio	9:30 a.m
Hora de finalización	10:01 a.m

2. ASISTENTES

Nombre y Apellidos	Identificación/ Tarjeta profesional	Calidad	Dirección	Correo electrónico	Teléfono	Firma
JAIRO A. MORA Q	59261939 160702659	Abogado de Tolima	car 3 calles 20111 Gobern. Tolima	JAIMORAMORA@GOB.TOLIMA	3203942 3079	
Felison Sánchez	150280	MP	Barranco Agostino q 805 x Sanchez q 2000 701		3003971010	

Secretario Ad Hoc,