



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

ACTA N°. 123

AUDIENCIA INICIAL

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SARA ÁLVAREZ ARIAS CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
– FOMAG y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
RADICACIÓN 2017 - 00298**

En Ibagué, Tolima, hoy dos (2) de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y quince minutos de la mañana (10:15 a.m.), el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué, FLABIO GENTILE MENDOZA QUINTERO, se constituye en audiencia pública, en la fecha indicada en auto del 2 de abril del año que avanza dentro del proceso señalado en el encabezamiento, para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata 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:

MARIA NINY ECHEVERRY PRADA, identificada con C.C. N°. 28.915.209 y T.P. 179.189 expedida por el C. S. de la J.; Dirección: Calle 10 No. 3 – 16 piso 2 en Ibagué; Teléfono de contacto: 3178952593, Correo electrónico: maria_niny@hotmail.com.com

Parte demandada:

JAIRO ALBERTO MORA QUINTERO identificado con C.C. No. 5.924.939 de Herveo y T.P. 160.702 expedida por el C. S. de la J.; Dirección: Gobernación del Tolima, piso 10°, en Ibagué Tolima; Teléfono de contacto: 3203428079; Correo electrónico: jairoamoag@hotmail.com Quien actúa como apoderado del Departamento del Tolima.

A los apoderados judiciales de la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, se les aceptó la renuncia a través de auto calendado 2 de abril de 2019 – FI. 106; A ESTA DILIGENCIA NO ASISTE NINGÚN REPRESENTANTE.

Ministerio Público: YEISON RENE SANCHEZ BONILLA procurador judicial 105 delegado ante lo administrativo. NO ASISTIÓ.

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

SANEAMIENTO

El despacho luego de revisar las actuaciones surtidas no encuentra que se haya incurrido en vicio alguno que pueda dar origen a una nulidad. Seguidamente, se le concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si evidencian causal o motivo que pueda invalidar lo actuado; se le da el uso de la palabra a las partes y quienes manifiestan: "SIN OBSERVACIÓN ALGUNA". Teniendo en cuenta que no se advierte irregularidad que pueda dar origen a nulidad. Se declara precluida esta etapa. La anterior decisión queda notificada en estrados SIN RECURSOS.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO EXCEPCIONES

Dispone el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A, que el Juez en audiencia inicial deberá resolver las excepciones previas contempladas en el art. 100 del CGP, y las de cosa juzgada, caducidad transacción, conciliación, falta de Legitimación en la Causa, y prescripción.

El departamento del Tolima en su escrito de contestación visible a folio 56 a 60 propuso como excepciones de fondo: Imposibilidad legal para acceder a lo pretendido, cobro de lo no debido y, prescripción

Por su parte, la apoderada de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en su escrito de contestación obrante a folios 83 a 86 del expediente, propuso como excepciones: i) Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, ii) Buena fe, iii) 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; iv) Inexistencia de la vulneración de principios legales, y v) La innominada y/o genérica, así como integrar Litis consorcio necesario con la Secretaría de Educación departamental y con el patrimonio Autónomo FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

De acuerdo a las excepciones planteadas por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional - FOMAG procede el despacho pronunciarse respecto de la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario, no sin antes señalar que no tiene vocación de prosperidad en atención a que el departamento del Tolima se encuentra vinculado al presente asunto en calidad de demandado; y respecto de 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 declara **no probada** la excepción denominada Integración de litisconsorcios necesarios.

Ahora, de acuerdo a las excepciones planteadas por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, procede el despacho pronunciarse respecto de la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, respecto de la cual, como argumento base expone la apoderada que el Ministerio de Educación Nacional no es la entidad competente para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes, pues, ello corresponde a la entidad territorial certificada a la cual se encuentra vinculado el educador.

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 administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad*



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

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, expiden 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 declarará **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.

En lo que respecta a las demás excepciones propuestas como quiera que atacan la pretensión se resolverán conjuntamente con la decisión que ponga fin a la instancia, en lo que atañe a la excepción de **prescripción** se advierte que sólo se estudiará en el evento en que se llegare a acceder a las pretensiones de la demanda.

Esta decisión queda notificada en estrados, y de ella se corre traslado a las partes presentes. **SIN RECURSO.**

FIJACIÓN DEL LITIGIO

La parte actora pretende se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 0711 del 23 de julio de 2010, que reconoció la pensión de la jubilación a la demandante sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionado, así como la nulidad de la Resolución N°. 3794 del 23 de junio de 2017 que negó la revisión de la pensión de jubilación de la que es titular la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA reliquidar la pensión de jubilación incluyendo el promedio de los factores salariales devengados por la demandante durante el último



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, tales como prima de navidad, de servicios, de vacaciones, de antigüedad, semestral, de bonificación y demás, así como que se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo del salario y se reconozcan y paguen intereses moratorios y comerciales sobre las sumas que resulten adeudadas si hay lugar a ello y se condene en costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones aduce:

1. Que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de Resolución N°. 0711 del 23 de julio de 2010, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante, efectiva a partir del 1º de enero de 2010, sin incluir en el salario base de liquidación todos los factores devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional;
2. Que, a través de escrito radicado el 1 de junio de 2017, la demandante actuando a través de apoderado judicial solicito la reliquidación de su pensión de jubilación por factores salariales; y, la entidad demandada a través de resolución No. 3794 del 23 de junio de 2017 despachó en forma desfavorable lo solicitado.

Resulta entonces procedente indicar, que las entidades demandadas se oponen a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que la prestación fue reconocida en debida forma, y con fundamento en las normas legales vigentes. Frente a los hechos se pronuncian, así:

La apoderada de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, indica que es cierto lo señalado en los numerales 1º y 2º, según prueba obrante en el expediente; y difiere de los 3º, 4º y 5º, argumentando que el acto administrativo se ajusta a derecho, por cuanto la prestación le fue reconocida conforme la ley 33 de 1985, ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2008 y Decreto 1158 de 1994, que disponen que no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales que reclama la actora.

Por su parte, el apoderado del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, dio como ciertos los hechos de la demanda.

Analizados los argumentos expuestos tanto la demanda y como en las contestaciones, el litigio queda fijado en determinar: *“Sí, la señora SARA ALVAREZ ARIAS, tiene derecho a que se le reliquide su mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió su status jurídico de pensionada, esto es, 31 de diciembre de 2008 a 31 de diciembre de 2009.”*

De esta decisión se le corre traslado a las partes presentes: SIN OBSERVACIONES.

CONCILIACIÓN

En esta etapa, se le concede el uso de la palabra al apoderado del Departamento del Tolima quien manifestó: “(...) en reunión del 10 abril de 2019, el comité de conciliación decidió no presentar formula de conciliación (...)”. Aporta certificación en 1 folio.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ante la inasistencia de apoderado del Ministerio de Educación – FOMAG, y 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 recursos.

PRUEBAS

Parte demandante

En su valor legal se apreciarán los documentos aportados con la demanda, vistos a folios 3 a 12 los cuales serán valorados en el momento procesal oportuno.

No solicitó la práctica de pruebas.

Parte demandada

- DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

No solicitó práctica de pruebas.

Téngase por incorporado el expediente que contiene los antecedentes del reconocimiento pensional a la señora SARA ALVAREZ ARIAS los cuales fueron allegados hasta el 26 de abril del presente año, y obran a folios 1 a 38, c2 – Expediente administrativos.

- NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG

No aportó pruebas.

En lo que tiene que ver con la solicitud de **prueba trasladada** tendiente a requerir a la Secretaría de Educación departamental del Tolima para allegue los antecedentes administrativos relacionados con el objeto del presente litigio, se **NIEGA** por innecesaria en atención a que el apoderado del ente territorial allegó documentos que forman parte del expediente administrativo. Folios 1-38, c2 expediente administrativo.

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 de 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 SIN RECURSOS.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Se ratifica en los hechos de la demanda y solicita se acceda a las pretensiones de la misma, los demás argumentos quedan consignados en sistema de audio y video desde el minuto 12:48 a 13:01.

Parte demandada – Dpto. del Tolima: Manifiesta el apoderado que la entidad que representa no es quien determina lo que se pretende, por lo cual solicita se nieguen las súplicas de la demanda. Los demás argumentos quedan consignados en sistema de audio y video desde el minuto 13:03 a 13:30.

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 del departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución N°. 0711 del 23 de julio de 2010, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora SARA ALVAREZ ARIAS, la cual fue reconocida con fundamento en las Leyes 33 de 1985; 71 de 1988 y 91 de 1989, así como lo dispuesto en los decretos 1848 de 1969, 3135 de 1968 y 3752 de 2003. La pensión fue 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 9 a 11, cuaderno principal).
- 1.1. De la precitada Resolución, se advierte que la demandante nació el 31 de diciembre de 1954; que ingresó a laborar el 22 de mayo de 1982, y adquirió el status pensional el 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se le reconoció y ordenó el pago de la pensión a partir del 01 de enero de 2010.
- 1.2. Que, para liquidar la mesada correspondiente solo se tuvo en cuenta el sueldo básico y la prima de vacaciones devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, es decir, correspondiente al año 2009.
2. Que por medio de la Resolución N°. 00064 del 17 de enero de 2011, fue aclarada la Resolución 0711 del 23 de julio de 2010, indicándose el valor de la mesada en la suma de \$1`456.972 m/cte. (fols. 7-9, cuad. 2).



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

3. Que por medio de la Resolución N°. 3794 del 23 de junio de 2017, la Secretaría de Educación del departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de reliquidación pensional elevada por la demandante (fols. 3-4, cuad. 1).
4. Que, según formato de certificado de salarios allegado por la demandante, durante el año 2009, devengó la asignación básica y las primas de navidad, académica y de vacaciones docentes. (Folios 11 y 12, cuaderno principal).

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

Sostiene que en su condición de docente tiene derecho a que su pensión sea reliquidada con el promedio de sueldos y todos factores devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionada.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

- **Nación-Ministerio de Educación-FNPSM:** La pensión de jubilación de la actora no debe ser reliquidada, por cuanto, al momento de su reconocimiento se efectuó conforme a la normativa aplicable y vigente al momento de consolidar su derecho pensional, disposiciones según las cuales no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales reclamados por la demandante.
- **Departamento del Tolima:** Indicó que es una entidad intermediaria encargada de desarrollar actividades de carácter particular que no comprometen la voluntad de dicha entidad, razón por la considera 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 las pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, se negarán las súplicas de la demanda en atención a que no se indicó, ni mucho menos acreditó que se hubieren efectuado aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones sobre los conceptos solicitados y, tampoco dichos factores se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985 como emolumentos a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación cuya reliquidación pretende la actora.

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:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

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 normativa.

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.*

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

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



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

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 parágrafo 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 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:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

“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 al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, la Ley 33 de 1985 que regulaba las pensiones de los empleados públicos, 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 capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.” Y, seguidamente, indicó que 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.

Vale indicar que, con ocasión de la interpretación decantada 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



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

de pensiones que se encuentra contenido en el Ley 33 de 1985. En esa medida indico que:

"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 reglón seguido precisó 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 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 servicio, aunque, nada impide que la liquidación se efectúe con el promedio de los aportes realizados en el año anterior a la consolidación del status de pensionado.

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.

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

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 en la precitada sentencia de unificación 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 lo siguiente:

*“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.”** (Negrilla del Despacho)*

Adicionalmente, es menester aclarar que frente a la prima de servicios el decreto 1545 de 2013 estipuló:

“ARTÍCULO 1. Prima de servicios. Establéese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:

- 1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.*
- 2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año (...).”*

Al tenor de lo citado, resulta evidente que en el caso en el concreto, a la señora ÁLVAREZ ARIAS no le asiste el derecho a que se incluya este factor en una eventual reliquidación como la solicitada en el libelo demandatorio, pues para el año anterior a la adquisición del status pensional, es decir, 2009, no era acreedora de este emolumento.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO CASO CONCRETO

De conformidad con el acervo probatorio que milita en el expediente, se encuentra acreditado que la señora SARA ÁLVAREZ ARIAS nació el 03 de mayo de 1956, y se vinculó como docente el 22 de mayo de 1982, adquiriendo el status jurídico de pensionada el 31 de diciembre de 2009, fecha en que cumplió 55 años de edad; 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 efectúa inciso 2º del numeral 2º del literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es decir, contaba con la edad y más de 20 años de servicio; de ahí que, acreditados los requisitos, se reconoció a través de Resolución N°. 0711 del 23 de julio de 2010 la 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 lo enunciado en el acto administrativo de reconocimiento, es decir, entre el 31 de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, percibió e hizo cotizaciones sobre la asignación básica y la prima de vacaciones docentes.

Puestas así las cosas, como quiera que la demandante pretende se reliquide su mesada pensional incluyendo en la base de liquidación la **primas de navidad, de servicios, de vacaciones, de antigüedad, semestral, bonificaciones y la prima académica (devengada en el año anterior al status) y demás adehalas a que hubiera lugar** por haber sido devengadas 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 del análisis de los documentos obrantes en el plenario, se establece que para el año anterior a la consolidación del status pensional, la actora no devengaba prima de servicios en razón a que este derecho solo fue reconocido a partir del año 2015 conforme se indicó en líneas anteriores; en lo que respecta a los demás factores salariales solicitados, no se indicó y mucho menos se acreditó que se hubiere efectuado aportes al sistema general de pensiones respecto de dichos conceptos salariales, a más de ello tampoco se demostró que efectivamente los hubiere devengado y mucho menos, que se encuentren enlistados en la Ley 62 de 1985 como factores para calcular aportes en pensiones. Finalmente, en lo que atañe a la prima de vacaciones es claro que se tuvo en cuenta al momento del reconocimiento pensional.

En virtud de lo anterior, acogiendo el precedente vertical, al no haber efectuado aportes sobre los conceptos solicitados no es posible ordenar su inclusión en la mesada pensional.

Es claro entonces que, no basta con haber devengado dichos factores de salario, 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.

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.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

En este orden de ideas, luego de examinar los actos administrativos demandados, considera el despacho que al momento de calcular la base de liquidación de la pensión de jubilación que devenga la actora, se tuvieron en cuenta los factores que estaban enlistados en la Ley 62 de 1985, de ahí, que no es posible acceder a la reliquidación solicitada; y en suma, debe tenerse en cuenta que al no estar contemplados en dicha disposición no era dable al empleador efectuar descuento sobre tales conceptos.

De acuerdo con los planteamientos expuestos, y como quiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos acusados, se negarán las pretensiones de la demanda.

Finalmente, es pertinente precisar que si bien en el curso de la presente actuación se produjo un cambio jurisprudencial, el cual es acogido por este despacho, también lo es que, según lo ha reiterado la jurisprudencia, la variación de la postura que sobre un tema en particular efectúen las Altas Cortes, *per se*, no constituye, una trasgresión al debido proceso o el principio de confianza legítima.

CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 14 de septiembre de 2017, es claro que la parte demandante contaba con una expectativa razonable de que sus pretensiones prosperarían en aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. 0112-09. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; no obstante, ante el abrupto cambio jurisprudencial acaecido en el transcurso del proceso con ocasión de la expedición de la sentencia del 28 de agosto de 2018 emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, exp. 2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, a partir de cuya aplicación es preciso denegar las súplicas de la demanda en el asunto de ciernes; el despacho se abstendrá de emitir condena en costas en esta instancia, de conformidad con la directriz aplicada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima en casos similares.

Ahora, frente a la condena en costas al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG por lo pertinente a las excepciones previas, y en aplicación del principio de compensación al haberse negado las súplicas de la demanda y no disponer condena en costas se aplicará lo mismo en lo referido.

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

“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
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 consonancia con los planteamientos señalados en parte considerativa del presente fallo.

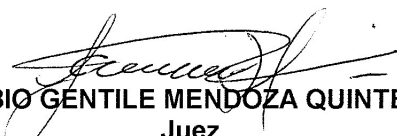
TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere a la actora, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

La anterior decisión queda notificada en estrados, se advierte que las partes disponen de 10 días para interponer recurso de conformidad con el artículo 247 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 10:48 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


MARÍA DE LOS ÁNGELES MORALES CORREA
Secretaria ad hoc.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO IBAGUÉ TOLIMA

ACTA N°. 0123
CONTROL DE ASISTENCIA A AUDIENCIA O DILIGENCIA

1. INFORMACIÓN DEL PROCESO Y DE LA AUDIENCIA

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandantes	SARA ÁLVAREZ ARIAS
Demandados	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Radicación	2017-00298
Fecha	02 DE MAYO DE 2019
Clase de audiencia	AUDIENCIA INICIAL
Hora de inicio	10:15 am
Hora de finalización	10:45 am

2. ASISTENTES

Nombre y Apellidos	Identificación/ Tarjeta profesional	Calidad	Dirección	Correo electrónico	Teléfono	Firma
Marcia Lily Elvira	179189	Apoderada	Calle 10 # 3-16	marcia-niny@elcomunicatortolima.com	3178952572	
JAIRO A. MORA GONZALEZ	760-702 C.S.J.	Apoderado	CRA 3 calle 10741	jaideramora@elcomunicatortolima.com	3203428079	

Secretario Ad Hoc,

Auditor