



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUZ DALIA MONCALEANO DE NUÑEZ
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICADO 73 001 33 40 011 2016 00245 00
ASUNTO: AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO ARTÍCULO 182 LEY 1437 DE 2011

En Ibagué (Tolima) a los doce (12) días del mes de agosto de 2019, fecha previamente fijada en audiencia anterior, siendo las 4:08 p.m., en la sala de audiencias N°. 5 ubicada en el Piso 1 del Edificio Comfatolima, el **Juez Once Administrativo del Circuito de Ibagué, JOHN LIBARDO ANDRADE FLOREZ**, en asocio de su profesional universitario procede a declarar instalada y abierta la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 73 001 33 40 011 2016 00245 00 instaurado por la señora LUZ DALIA MONCALEANO DE NUÑEZ en contra de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Seguidamente el Despacho autoriza que esta audiencia sea grabada en el sistema de audio y video con que cuenta esta instancia judicial, conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 183 del C.P.A.C.A

1. COMPARECENCIA DE LAS PARTES

Seguidamente procede el Juez a constatar la presencia de las partes:

Se le concede el uso de palabra a las partes asistentes en esta Audiencia para que se identifiquen, iniciando por la parte demandante y continuando con la parte demandada.

1. Parte Demandante: El Dr. CARLOS ARIEL BARRIOS GRAJALES
C.C. No. 79.957.826 de Bogotá
T.P. No. 151.724 del C.S. de la J.
Dirección de notificaciones: calle 54 No. 4 - 10 de Bogotá
Correo electrónico: carlosarielbarrios@hotmail.com

2. Parte Demandada - NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FOMAG: YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ
C.C. No. C.C. 40.827.890
T.P. No. 93.902 del C. S. de la J.

Dirección de notificaciones:

Correo electrónico:

3. Agente del Ministerio Público: El Doctor ALFONSO LUIS SUAREZ ESPINOSA, en su calidad de Procurador 201 Judicial I Administrativa

Dirección de notificaciones: Carrera 3 Calle 15 Octavo Piso, Edificio Banco Agrario.

Correo electrónico: alsuarez@procuraduria.gov.co

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A continuación se le pregunta a los apoderados de las partes si están de acuerdo que se le realice audiencia de alegaciones y juzgamiento y escuchados y evaluados los mismos se dicte la sentencia. A lo cual contestan que están de acuerdo.

Así las cosas, el Despacho conforme lo establecido en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 se constituye **EN AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO.**

En este estado de la diligencia, se dicta el siguiente **Auto:**

Conceder el uso de la palabra por el término de 20 minutos a las partes del presente litigio para que aleguen de conclusión.

Parte demandante: (inicia 03:50:00 termina 5:05:00)

Parte demandada: (inicia 5:05:10 termina: 5:55:00)

Ministerio Público: (inicia 5:59:00 termine 6:15:00)

3. Sentencia

De conformidad con los hechos y pretensiones planteados en la demanda, así como de lo expuesto en la contestación de la misma y los alegatos de conclusión presentados por las partes, el litigio se encuentra delimitado en los siguientes términos:

Determinar si debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, esto es, la No. 1197 del 07 de julio de 2008 en forma parcial, la No. 4637 del 25 de agosto de 2014 y la No. 6575 de 03 de octubre de 2014, en consecuencia, si debe reliquidarse la pensión de jubilación de la parte demandante incluyendo todos los factores salariales del año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional.

Cuestión previa

Es preciso indicar que existe una variación en la fijación del litigio con respecto al que se fijó en la audiencia inicial, en lo referente a estudiar la reliquidación pensional que se solicita teniendo en cuenta el promedio de

lo devengado en el año anterior al cumplimiento del status y no al retiro definitivo del servicio, ello se debe a que tanto en la petición que dio origen a los actos administrativos acusados, como en la demanda, se hizo alusión al año inmediatamente anterior al retiro del servicio, no obstante se pudo determinar, cómo quedará ilustrado más adelante, que la demandante para el momento de la petición, así como para el momento en que se radicó la demanda, no se había retirado del servicio activo.

En razón a ello, se interpretó lo pretendido por la demandante en el sentido de que lo que en realidad lo que se demanda es la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta la inclusión de factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del status pensional y haciendo alusión a la gracia pensional reconocida mediante la Resolución No. 1197 de 2008, en donde se otorgó dicha prestación con el IBL obtenido en el año anterior al cumplimiento de dicho status y no por el último año de servicio activo, pues mal podría pretender una reliquidación sobre una situación jurídica y particular que no se había configurado como era el retiro del servicio, situación notoriamente conocida por la parte actora.

Es de advertir que si bien se tiene certeza del retiro definitivo del servicio activo de la demandante, una reliquidación en ese sentido, debe ser puesta primero a consideración de la entidad demandada y provocar un acto administrativo bien sea ficto o expreso, que resuelva esa situación jurídica y particular para que pueda ser objeto de control judicial en el evento de inconformidad con la decisión de la administración.

Tesis

Para establecer el ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de jubilación que devenga la demandante, se debe establecer conforme lo consagra la Ley 33 de 1985 y los factores a tener en cuenta son los enlistados en la Ley 62 del mismo año, en consideración a que la misma ingresó al servicio de la docencia con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹:

“...62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19. M. P. CÉSAR PALOMINO CORTÉS

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**
63. *Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.*
64. *De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*
65. *La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.*
66. *Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.*
67. *En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:*
- ✓ *Edad: 55 años*
 - ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*

- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación*: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **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.**

A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años². Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

(...)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

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

² La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

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

- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”*

3.3. CASO CONCRETO

Se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Que mediante la Resolución No. 1197 del 07 de julio de 2008, el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación a Luz Dalia Moncaleano de Nuñez a partir del 23 de diciembre de 2007, teniendo como factores de liquidación el sueldo, la prima de vacaciones y la prima de navidad- *Este hecho se encuentra probado a través de la resolución mencionada visto a folios 7 y 8.*
2. Que la demandante el 10 de febrero de 2010 elevó petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación del Tolima, para que se reliquidara su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año anterior en que adquirió su status pensional. *Este hecho se encuentra probado con la citada petición que se encuentra visible a folios 14 a 18.*
3. Que la demandante el 25 de septiembre de 2012 elevó petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación del Tolima, para que se reliquidara su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año anterior en que adquirió su status pensional. *Este hecho se encuentra probado con la citada petición que se encuentra visible a folios 19 a 23.*
4. Que la demandante el 17 de junio de 2014 elevó petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación del Tolima, para que se reliquidara su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio. *Este hecho se*

encuentra probado con la citada petición que se encuentra visible a folios 24 a 28.

5. Que mediante Resolución No. 4637 del 25 de agosto de 2014 la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima en nombre y representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la reliquidación a la demandante por considerar que según la Ley 812 de 2003, para el caso el caso particular de la Docente solo se tiene como factores de liquidación de la pensión, la asignación básica y sobresueldo, que además se le incluyó prima de navidad y de vacaciones.- *este hecho se encuentra probado con la Resolución mencionada visible a folio 9 y 10.*
6. Inconforme con la decisión, la demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 6575 de 03 de octubre de 2014, confirmando en su totalidad la Resolución No. 4637 del 25 de agosto de 2014 por considerar que a la demandante se le incluyó prima de navidad y de vacaciones, sin que demostrara que hubiese recibido otros factores de liquidación. *este hecho se encuentra probado con la Resolución mencionada visible a folio 11 y 12.*
7. La demandante ingreso al servicio de la docencia el día 27 de agosto de 1973 y se retiró del servicio activo el día 14 de enero de 2019, lo que quiere decir que para el momento de presentación de la demanda, esto es, el 02 de septiembre de 2016, la demandante aún no se había retirado del servicio activo como erróneamente lo afirmó la demandante en la petición elevada el día 17 de junio de 2014³. *Lo anterior se encuentra probado con el formato para expedición de certificado laboral y el acto de retiro de servicio obrante a folios 121 y 140.*

Conclusión

Inicialmente, se analizará el cumplimiento de los requisitos, por parte de la actora, para establecer cual es régimen pensional al cual pertenece.

De conformidad con la subregla de derecho establecida en la sentencia de unificación, la demandante al ingresar al servicio docente con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional es el consagrado en las leyes 33 de 1985, que consagra:

“Artículo 1.- El 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 que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

³ Fol. 24 a 28 del expediente

Respecto a los factores salariales a tener en cuenta la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la ley 33 de 1985, señala expresamente:

“Artículo 1º. ...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.”

Así pues se observa que la pensión de jubilación reconocida a la demandante a través de la Resolución No. 1197 de 2008, tuvo en cuenta entre otras disposiciones normativas, la Ley 33 de 1985 razón por la cual dicha prestación le fue reconocida y liquidada con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año anterior al cumplimiento del status pensional, esto es, del 23 de diciembre de 2006 al 22 de diciembre de 2007.

A pesar de que la ley 62 de 1985 no consagra la prima de navidad y de vacaciones como factores a tener en cuenta para liquidar la pensiones reconocidas bajo ese régimen jurídico, la entidad demandada le reconoció dichos factores en la liquidación de la pensión para obtener el IBL.

Todo lo anterior, permite concluir sin dubitación alguna, que la pensión de jubilación reconocida a la demandante por parte del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 1197 de 2008, tuvo en cuenta las normas aplicables al caso particular y concreto y además, que la liquidación estuvo acorde con la nueva postura adoptada por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación del pasado 25 de abril de 2019.

Consecuente con lo anterior, se despacharan desfavorablemente las pretensiones de la demanda y se declararan probadas las excepciones formuladas por la parte pasiva que denominó “inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante” e “inexistencia de vulneración de principios legales”

IV Con relación a la condena en costas.

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado⁴ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º

⁴ C.P. dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que el apoderado de la parte demandada contestó la demanda (Fols. 81 a 85), asistió a la audiencia inicial (Fols. 104 a 108), asistió a la audiencia de pruebas (Fols. 145 y 146) y presentó alegatos de conclusión causándose así agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$164.263 equivalente al 5% de las pretensiones (Fol. 62), de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probada las excepciones propuestas por la entidad demandada denominadas: "*inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante*" e "*inexistencia de vulneración de principios legales*".

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

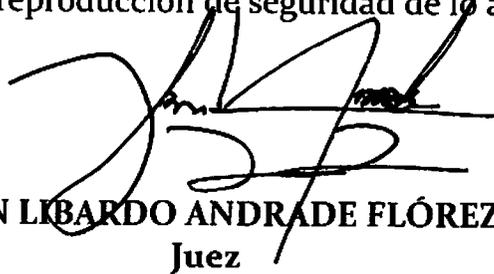
TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$164.263 que serán tenidas en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas.

CUARTO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. SIN RECURSOS

Así las cosas se deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f C.P.A.C.A).

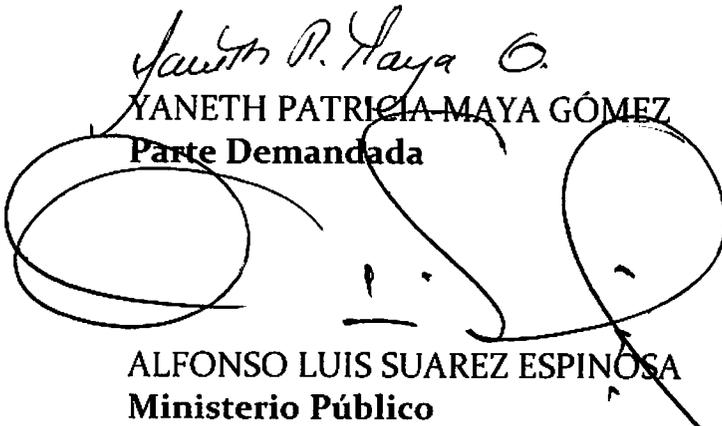
Cumplido el objeto de la diligencia se da por terminada, siendo las 4:38 p.m. se ordena registrar el acta de conformidad con el artículo 183 del C.P.A.C.A., y realizar la reproducción de seguridad de lo actuado.



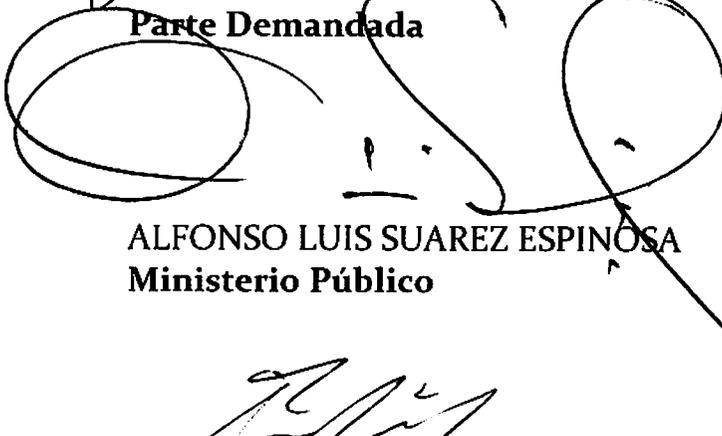
JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez



CARLOS ARIEL BARRIOS GRAJALES
Parte Demandante



YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ
Parte Demandada



ALFONSO LUIS SUAREZ ESPINOSA
Ministerio Público



JORGE MARIO CARDONA RUIZ
Profesional Universitario