



Juzgado Once - Administrativo del Circuito de Ibagué

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA INÉS MELO JIMÉNEZ
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO
RADICADO 73 001 33 40 011 2017 00018 00
ASUNTO: AUDIENCIA INICIAL ARTÍCULO 180 LEY 1437 DE 2011

En Ibagué (Tolima) a los trece (13) días del mes de noviembre de 2019, fecha previamente fijada en auto anterior, siendo las 9:42 a.m., en la sala de Audiencias N° 2 ubicada en el Piso 1 del Edificio Comfatolima, el **Juez Once Administrativo del Circuito de Ibagué**, JOHN LIBARDO ANDRADE FLOREZ, procede a declarar instalada y abierta la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación **73001-33-40-011-2017-00018-00** instaurado por la señora ANA INÉS MELO JIMÉNEZ en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

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

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. DAIRO HUMBERTO BONILLA CÓRDOBA en calidad de apoderado.

C.C. No. 12.121.677 de Neiva

T.P. No. 173.447 del C.S de la J.

Dirección de notificaciones: Cra. 3 No. 11 A 37, Ofic. 221 de Ibagué - Tolima

Teléfono: 2631802

Correo electrónico: abogadobonillacordoba@hotmail.com

2. Parte Demandada - Gobernación del Tolima EDWIN FERNANDO SAAVEDRA MEDINA apoderado sustituto

C.C. No. 1.110.558.160

T.P. No. 306.502 del C. S. de la J.

Dirección de notificaciones: oficina 507, centro comercial Combeima

Correo electrónico: edwinsaavedra-15@outlook.com

Teléfono: 3183711161

Se deja constancia de que a la presente audiencia no comparece apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

AUTO

Teniendo en cuenta que a folios 146 a 147 del cartulario obra renuncia de poder presentada por los Dres. MICHAEL ANDRÉS VEGA DEVIA y ELSA XIOMARA MORALES BUSTOS en calidad de apoderados del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 76 del C.G.P., se procederá a aceptar la misma.

Igualmente se evidencia que a la presente se allega memorial de sustitución de poder por el apoderado de la parte demandada departamento del Tolima, al Dr. EDWIN FERNANDO SAAVEDRA MEDINA identificada con C.C. No 1.110.558.160 de Ibagué y T.P. No. 306.502 del C.S de la J., y por cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del C.G.P. se procederá a reconocerle personería para actuar.

En consecuencia se **RESUELVE:**

PRIMERO: ACEPTESE la renuncia presentada por los Dres. MICHAEL ANDRES VEGA DEVIA y ELSA XIOMARA MORALES BUSTOS en calidad de apoderados del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Reconózcase personería para actuar al Dr. EDWIN FERNANDO SAAVEDRA MEDINA identificada con C.C. No 1.110.558.160 de Ibagué y T.P. No. 306.502 del C. S. de la J., para que actúe como apoderado sustituto de la entidad demandada departamento del Tolima en los términos y bajo las condiciones conferidas.

CUARTO: INCORPÓRESE al expediente el memorial de sustitución de poder conferido al Dr. Dr. EDWIN FERNANDO SAAVEDRA MEDINA.

ESTA DECISIÓN ES NOTIFICADA EN ESTRADOS. SIN OBSERVACIONES.

2. VERIFICACIÓN DE APLAZAMIENTO

Se deja Constancia por el Juez que dentro del expediente no reposa solicitud de aplazamiento y que asisten a la presente audiencia las partes que de conformidad con el numeral 2º del artículo 180 del C.P.A.C.A., por lo que lo pertinente es seguir con la siguiente parte de la audiencia.

LA ANTERIOR DECISIÓN ES NOTIFICADA A LAS PARTES EN ESTRADOS. - SIN RECURSOS.

3. SANEAMIENTO

El Juez concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que indiquen si existen irregularidades que deban subsanarse, que generen nulidad o sentencia inhibitoria.

SIN OBSERVACIÓN ALGUNA.

Teniendo en cuenta lo anterior se dictó el siguiente **AUTO**:

Una vez revisado el trámite procesal, no se advierte la existencia de alguna irregularidad que deba subsanarse, razón por la cual se procede con la siguiente parte de la audiencia.

LA ANTERIOR DECISIÓN ES NOTIFICADA EN ESTRADOS. - SIN RECURSOS.

4. EXCEPCIONES PREVIAS:

Se procede a continuar con la siguiente fase, relativa a la decisión de excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva señaladas en el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A.

4.1 Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A (109 a 119)

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones: (i) *Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante.* (ii) *Buena fe.* (iii) *Prescripción y/o prescripción de diferentes 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) *Falta de legitimación en la causa.*

De las anteriores excepciones formuladas, el despacho advierte que se puede configurar como excepción previa la *Falta de legitimación en la causa por pasiva* y de la cual el Despacho procede a pronunciarse de la siguiente manera:

Señala la apoderada de la entidad demandada que el Ministerio nunca participa en el trámite y el reconocimiento de las prestaciones sociales, por lo que son las secretarías o el ente territorial certificado el competente para conocer de principio a fin de dicha situación.

Al respecto, el Despacho debe precisar que si bien la falta de legitimación en la causa material es un asunto sustancial que debe ser decidido en la sentencia, el C.P.A.C.A., en su artículo 180 autorizó al juez para declarar terminado el proceso en la primera audiencia si encuentra que no existe legitimación en la causa de alguno de los extremos procesales, con la finalidad de evitar sentencias inhibitorias, terminación que solo procedería en aquellos eventos en los que la falta de legitimación aparece evidente.

En este momento nos estamos refiriendo a la legitimación en la causa por pasiva de hecho, en la que la relación se establece entre las partes por la pretensión procesal de la demanda, en la que la parte demandante manifiesta haber recibido un perjuicio directo e indirecto que es posiblemente imputable a la entidad accionada ya sea por acción u omisión.

Al efecto, no es posible desvincular en este momento procesal a la Nación-Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del presente medio de control, pues como se indicó puede llegar a tener responsabilidad por los hechos que le endilga la parte accionante, por lo que no es esta etapa procesal la apropiada para establecer dicha circunstancia, sobre todo cuando no se ha llevado a cabo la etapa probatoria en la cual quedará plenamente demostrado si está llamada a responder.

Así las cosas, el Despacho concluye que está legitimada en la causa de “hecho” la pasiva de esta Litis, no obstante, el estudio de la legitimación material en la causa se diferirá al momento de la sentencia.

En relación con las demás excepciones propuestas por la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener relación directa con el contenido dogmático y práctico de la teoría del caso que ha planteado la parte demandante, su análisis se realizará al momento de decidir el fondo de la controversia.

En cuanto a la prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se decidirá con el fondo del asunto, toda vez que primero es necesario determinar si la parte actora tiene o no derecho a lo pretendido.

4.2 Departamento del Tolima (Folios 44 a 46)

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones (i) *Imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas.* (ii) *Cobro de lo no debido* y (iii) *prescripción extintiva del derecho.*

En relación con las demás excepciones propuestas por el Departamento del Tolima por tener relación directa con el contenido dogmático y práctico de la teoría del caso que ha planteado la parte demandante, su análisis se realizará al momento de decidir el fondo de la controversia.

Así mismo se analizará oficiosamente una posible falta de legitimación por pasiva material, en el fondo del asunto.

Recapitulando todo lo anterior, el despacho procede a dictar el siguiente

AUTO:

Primero. Declarase no probada la excepción de falta de legitimación en la causa de hecho propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asimismo, la falta de legitimación en la causa por pasiva material será objeto de estudio en la sentencia.

Segundo. En cuanto a las excepciones denominadas (i) Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante. (ii) Buena fe. (iii) Prescripción y/o prescripción de diferentes 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, propuesta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las mismas serán resueltas en la sentencia.

Tercero. En cuanto a las excepciones denominadas (i) *Imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas.* (ii) *Cobro de lo no debido* y (iii) *prescripción extintiva del derecho*, propuestas por el Departamento del Tolima, las mismas serán resueltas en la sentencia.

Cuarto. No se observa que se tipifiquen excepciones previas.

Quinto. Ni tampoco se observa que se tipifique alguna de las demás excepciones que menciona el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A.

LA PRESENTE DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. SIN RECURSOS.

5. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Según el artículo 161 del C.P.A.C.A. son requisitos de procedibilidad del mecanismo de control por el cual se ha adoptado dentro del presente cauce procesal, el debido agotamiento de los recursos en la actuación

administrativa, observándose que contra los actos administrativos demandados no procedía el recurso de apelación.

Así mismo, es requisito la conciliación extrajudicial, al respecto advierte el Despacho que por tratarse de eventuales derechos ciertos e indiscutibles no se requiere de la conciliación extrajudicial. En consecuencia, cumplido lo relativo a los requisitos de procedibilidad, se continúa con la siguiente etapa de la audiencia.

ESTÁ DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA A LA PARTES EN ESTRADOS. SIN RECURSOS.

6. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Continuando con el desarrollo de la presente audiencia, se procede con la siguiente fase, relativa a la **fijación del litigio**, para lo cual se concede el uso de la palabra a la parte demandante para que digan si se ratifican en los hechos y pretensiones de la demanda, y en los fundamentos y excepciones de la contestación de la demanda.

De conformidad con lo manifestado, procede el despacho a fijar el litigio.

AUTO: El litigio se contrae en determinar si debe declararse la nulidad del acto ficto o presunto que negó la reliquidación solicitada y en consecuencia si debe reliquidarse la pensión de jubilación de la parte demandante incluyendo todos los factores salariales del año anterior a la causación del derecho.

ESTA DECISIÓN ES NOTIFICADA EN ESTRADOS. SIN RECURSOS.

7. CONCILIACIÓN:

El despacho en este punto, se le concede el uso de la palabra al apoderado del departamento del Tolima, acerca si trae fórmula de acuerdo y si aporta el acta del Comité de Conciliación: quien manifiesta que de acuerdo al acta de reunión de los días 6 de noviembre de 2019 1 folio el comité de conciliación de Defensa Judicial del departamento determinó que no es factible conciliar.

Teniendo en cuenta lo manifestado por el apoderado de la parte demandada, quien precisa que su representada no tiene ánimo conciliatorio, es imposible para este despacho proponer fórmulas de arreglo, razón por la cual se dicta el siguiente

AUTO

Primero: Declarase fallida la etapa de conciliación y se ordena continuar con el trámite de la audiencia inicial.

Segundo: Incorporar al expediente el certificado del Comité de Conciliación del Departamento del Tolima, del día 6 de noviembre de 2019, obrante en 1 folio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. SIN RECURSO.

8. MEDIDAS CAUTELARES:

En relación con las medidas cautelares el despacho deja constancia que en el presente proceso, no fueron solicitadas, por tanto, se dicta el siguiente

Auto: No hacer pronunciamiento sobre las mencionadas medidas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. - SIN RECURSOS

9. DECRETO DE PRUEBAS:

Revisada la demanda, observa el despacho que la parte actora solicita que se tenga como prueba las documentales que allega con la demanda.

Por otra parte, la parte demandada - La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó que se tengan las documentales allegadas y como prueba solicitó que se requiera a la Secretaria de Educación del ente territorial respectivo que allegue los antecedentes administrativos relacionados con el objeto del presente litigio, lo anterior como consecuencia de la imposibilidad de allegarlo por no obrar los mismos dentro de los archivos del Ministerio de Educación Nacional.

No obstante lo anterior, y como quiera que los documentos aportados por la parte actora son suficientes para emitir una decisión de fondo, se negará la solicitud incoada por la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por su parte, el Departamento del Tolima, solicitó que se tengan las documentales allegadas.

Ahora bien, el despacho en cumplimiento del numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., procede al decreto de las pruebas, razón por la cual se profiere el siguiente

AUTO

Primero: Incorpórese como pruebas hasta donde la ley lo permita, los documentos aportados por la **parte demandante y por las entidades demandadas.**

Segundo: Niéguese la solicitud de oficiar al Departamento del Tolima, para que allegue los antecedentes administrativos del presente asunto, por las anteriores consideraciones.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS - SIN RECURSO.

10. SOBRE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

En vista de que dentro del presente proceso no se hace necesaria la práctica de pruebas, y la controversia gira en torno a un asunto de puro derecho, procede este despacho en sujeción al último inciso del artículo 179 del C.P.A.C.A., a emitir el siguiente AUTO: Prescindir de la segunda etapa; es decir, no se realizará audiencia de pruebas.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. SIN RECURSO.

11. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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. Así mismo, se concede el mismo término al señor Agente del Ministerio Público para que rinda su concepto.

De conformidad con lo anterior tiene el uso de la palabra el apoderado del demandante,

Parte demandante: solicita se tenga en cuenta los convenios sobre los derechos civiles y políticos del pacto de San José de Costa Rica, solicita no se condene en costas y se ratifica en los hechos de la demandada.

Parte demandada Departamento del Tolima: solicitando negar las pretensiones de la demanda, ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

12. 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:

“El litigio se contrae en determinar si debe declararse la nulidad del acto ficto o presunto que negó la reliquidación solicitada y en consecuencia si debe reliquidarse la pensión de jubilación de la parte demandante incluyendo todos los factores salariales del año anterior a la causación del derecho.”

12.1. Tesis

Si bien es cierto que la actora devengó primas de alimentación, de navidad y de vacaciones estos no se encuentran en listados como factores de liquidación de la pensión de jubilación en la ley 62 de 1985, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

Inicialmente el juez se refirió a la obligatoriedad del precedente tal cual como obra en el audio.

12.2. 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:

- ***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*

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

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.

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.

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 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.”*

12.3. Caso Concreto

Se encuentran probados los siguientes hechos:

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente el despacho encuentra probado lo siguiente:

1. *Que la demandante nació el 10 de agosto de 1950. Esto se encuentra probado mediante la copia de la cédula de ciudadanía, documento obrante a folio 14.*

2. Que la demandante adquirió su status el 10 de agosto de 2005. *Esto se encuentra probado mediante la resolución No. 151 del 31 de enero de 2006 obrante a folios 3 a 4.*
3. Que el Secretario de Educación del Departamento del Tolima en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la resolución No. 151 del 31 de enero de 2006, reconoció pensión de jubilación a la docente Ana Inés Melo Jiménez, a partir del 11 de agosto de 2005 y tomando para el efecto como factor salarial únicamente el sueldo. *Este hecho se encuentra probado a través de la resolución mencionada vista a folios 3 a 4 del plenario.*
4. Que el 26 de julio de 2016 la parte actora presentó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima para que se le reliquide pensión de jubilación incluyendo los factores salariales percibidos durante el año anterior al status de pensionada. *Este hecho se encuentra probado con la citada petición vista a folios 7 al 9 del cartulario.*
5. Que los factores salariales devengados por la señora Ana Inés Melo Jiménez, para los años 2004 y 2005 fueron: asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones. *Este hecho se encuentra probado a través del certificado de Salarios visto a folios 10.*

12.3.1. Conclusión

Inicialmente, es necesario precisar que como transcurrieron más de tres (3) meses y no se obtuvo respuesta por parte de la administración, se declarará la existencia de acto ficto o presunto frente a la petición presentada el 26 de julio de 2016, en la cual se solicitaba reliquidación pensional (Art. 83 C.P.A.C.A.).

Asimismo 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.”

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. 151 de 2006, tuvo en cuenta entre otras disposiciones normativas, las Leyes 33 y 62 de 1985 razón por la cual dicha prestación le fue reconocida y liquidada con base en el 75% del sueldo en el último año anterior al cumplimiento del status pensional, esto es, del 11 de agosto de 2004 al 10 de agosto de 2005. Ahora bien, si bien es cierto que la actora devengó primas de alimentación, de navidad y de vacaciones estos factores no se encuentran en listados como factores de liquidación de la pensión de jubilación en la Ley 62 de 1985.

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. 151 de 2006, 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”.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva material

Sobre esta excepción propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el despacho se apoya en la sentencia del 14 de febrero de 2013 de la sección segunda del Consejo de Estado³.

Providencia de la cual se desprende que aunque las entidades territoriales certificadas suscriben el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones económicas, no lo hacen en nombre propio si no en nombre y

³ C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve Rad. No 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12).

representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual se infiere de la interpretación armónica del numeral 1º del artículo 5º de la ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la ley 962 de 2005.

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva material frente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y probada de oficio frente al Departamento del Tolima.

12.4. 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 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 los apoderados de la parte demandada contestaron la demanda (Fols. 44 a 46 y 109 a 119), el departamento del Tolima asistió a la audiencia inicial y presentó alegatos de conclusión asistió a la audiencia inicial 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 \$475.495 equivalente al 5% de las pretensiones (Fol. 18), 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 y los demás argumentos que quedaron consignados en el audio.

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,

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva material propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. Declarar probada de oficio la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva material, en relación con el departamento del Tolima.

TERCERO. Declarar probadas las excepciones propuestas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio denominadas: "*inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante*" e "*inexistencia de vulneración de principios legales*".

CUARTO. Declarar la existencia de acto ficto presunto frente a la petición presentada el 26 de julio de 2016, en la cual se solicitaba reliquidación pensional.

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

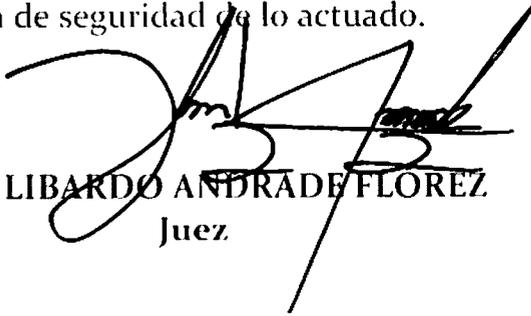
SEXTO. **CONDENAR** en costas a la parte demandante, tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$475.495 que serán tenidas en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas.

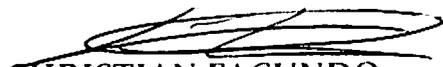
Una vez en firme esta sentencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

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 10:20 a.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 FLOREZ
Juez


CHRISTIAN FACUNDO
Oficial Mayor