

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5

AUDIENCIA INICIAL
ACTA No 0013
Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Lugar y fecha: Tunja, doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013)

Hora: 9:00 a.m.

Lugar : Sala de Audiencias del Tribunal Administrativo de Boyacá

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
EXPEDIENTE: 150012333000 2013 0018300
DEMANDANTE: MARIA MAGDALENA ORTEGATE DE MARQUEZ
DEMANDADO: NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En Tunja, a los doce (12) días del mes de septiembre del año dos mil trece (2013), siendo las nueve de la mañana (9:00 A.M.), el Magistrado Ponente Dr. FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS, en asocio con su auxiliar AD HOC JUAN PABLO GUIO ESPITIA, instala la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fijada mediante auto de fecha treinta (30) de agosto del presente año (fl. 123), dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en el que actúa como demandante la Señora MARIA MAGDALENA ORTEGATE DE MARQUEZ y como demandado la NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERO.

Inicialmente, el Magistrado Ponente procede a explicar las diferentes etapas que deben surtirse en esta audiencia, establecida en el artículo 180 del C.P.A.C.A., solicita a los asistentes a la audiencia que se identifiquen, indicando su nombre, documento de identidad, tarjeta profesional si es del caso, dirección de notificaciones y la parte que representan.

1. ASISTENTES:

1.1. PARTE DEMANDANTE:

APODERADO:

Se reconoce personería al abogado JULIAN DAVID PINEDA PINTO identificado con la cc No 1.049.605.022 de Tunja y la T.P 226618 del C.S de la J para actuar como apoderado judicial sustituto de la parte demandante en los términos y para los efectos del poder allegado a la audiencia a 1 folio. Dirección de notificaciones: calle 18 No 11 – 22 oficina 204 B de Tunja.

1.2. PARTE DEMANDADA:

Se reconoce personería a la abogada ANDREA DEL PILAR CHONA BOLIVAR identificada con la cc No 33369105 de Tunja y la T.P 151889 del C.S de la J para actuar como apoderado judicial de la NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERO. Dirección de notificaciones: Calle 77 No 11 19 oficina 603 de Bogotá.

1.3. MINISTERIO PÚBLICO

NOMBRE: LUIS HERNANDO DUARTE MONTAÑA. Procurador Judicial I No. 46 delgado ante el Tribunal Administrativo de Boyacá. Notificaciones: Secretaria del Tribunal o en el e mail que obra en la misma.

Estando presentes los notificados se prosigue con la siguiente etapa de la audiencia, de conformidad con el orden previsto en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO:

El Magistrado Ponente, luego de enunciar las actuaciones procesales más relevantes surtidas en el *sub júdice*, pone en conocimiento a los asistentes que una vez revisadas las mismas, no advierte irregularidad o nulidad alguna que amerite el saneamiento del litigio o el decreto de nulidades. En este punto de la diligencia, quien preside la audiencia, concede el uso de la palabra a las partes, para que indiquen al estrado si observan irregularidades que constituyan causal

alguna de nulidad que debiera ser saneada, quienes indicaron en el respectivo orden:

Parte demandante: No encuentra irregularidad o nulidad alguna que vicie el proceso, por lo que solicita continuar con el trámite respectivo.

Parte demandada: No se encuentra causal de nulidad

Ministerio Público: Tampoco encontró irregularidad alguna que afecte el proceso. Se deja constancia que también se notificó a la Agencia nacional de defensa jurídica del estado.

Manifiesta el Ponente que estando agotada esta etapa procesal, salvo que se trate de hechos nuevos de conformidad con lo previsto en el art. 207 del CPACA no se podrá alegar vicio alguno relacionado con lo actuado hasta este momento.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

3. EXCEPCIONES PREVIAS

Teniendo en cuenta que la entidad demandada no contesto la demanda no existen excepciones de ninguna naturaleza por resolver (Fl.122)

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

PARTE DEMANDANTE: SIN observaciones

PARTE DEMANDADA : Sin observaciones

MINISTERIO PÚBLICO: no hay ninguna observación.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Como quiera que la entidad demandada no contesto la demanda se le concede el uso de la palabra a la apoderada judicial del Fondo para que se refiera acerca de los hechos de la demanda la cual señala que se acepta el hecho 2 y respecto de los demás se tiene a lo probado en el proceso

Acto seguido el magistrado hace un resumen de los principales hechos contenidos en la demanda así:

- Que mediante Resolución No 1678 del 19 de diciembre de 2006 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaria de Educación de Boyacá le reconoció a MARIA MAGDALENA ORTEGA DE MARQUEZ pensión vitalicia de jubilación.

- Que el 28 de agosto de 2009 elevo solicitud de revisión de su pensión para que se le incluyesen todos los factores salariales devengados en el año anterior a adquirir el estatus de pensionada.
- Que mediante Resolución No 1660 del 25 de octubre de 2010 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaria de Educación de Boyacá decidió no acceder a la solicitud de revisión de la pensión.
- Que se agotó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Seguidamente señala que las pretensiones de la demanda se circunscriben básicamente a la obtención de la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No. 1678 del 19 de diciembre de 2006 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante y la nulidad de la Resolución No 1660 del 25 de octubre de 2010 por medio de la cual no se revisa la Resolución No 1678 del 19 de diciembre de 2006.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, ordenar a NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERO a reliquidar su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año anterior al estatus de pensionada junto con los correspondientes ajustes monetarios.

En este orden de cosas, el Magistrado sostiene que la FIJACIÓN DEL LITIGIO se contrae a determinar si a la demandante le asiste razón en que su pensión de jubilación ordinaria se reliquide teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; o si por el contrario la liquidación contenida en los actos administrativos acusados se ajustó a derecho.

Seguidamente, se consultó a las partes sobre lo la fijación del litigio expuesta previamente por el director de la audiencia, quienes manifestaron:

Parte demandante: Esta de acuerdo con la fijación del litigio planteada por el Magistrado Ponente. Resalta el hecho 4º que solo se tuvo en cuenta la asignación básica.

Parte Demandada : Conforme con la fijación del litigio.

Ministerio Público: Esta de acuerdo con la fijación del litigio planteada por el Magistrado Ponente.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

5. CONCILIACIÓN

Se indaga si existe ánimo conciliatorio a la parte demandante quien manifiesta que conforme a la posición del comité de conciliación del ministerio de educación se decidió no conciliar aporta certificación del comité a 4 folios.

Acto seguido, se interroga al apoderado de la parte demandante y al ministerio publico quienes manifiestan que se continúe con la siguiente etapa.

Visto lo anterior se declara fallida esta etapa y se continuara con el desarrollo de la diligencia.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

6.- MEDIDAS CAUTELARES

No se encuentran pendientes medidas cautelares por decretar.

Las partes y el ministerio público están de acuerdo.

Se continúa con la siguiente etapa.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

7. DECRETO DE PRUEBAS

En este punto, aclara el Magistrado que preside la audiencia que en virtud del artículo 180 numeral 10º del C.P.A.C.A., sólo se decretarán las pruebas necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad o aquellas que el magistrado estime indispensables para el esclarecimiento de la verdad.

Por tal razón, se decretarán las siguientes:

DOCUMENTALES:

Parte demandante: Se tienen como tales las pruebas documentales allegadas con la demanda; entre ellas las copias auténticas de los actos administrativos acusados (fls. 25-27 y 30-31), del Certificado de devengados para liquidación de prestaciones sociales expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá (Fls. 35-37) y del Certificado de tiempo de servicios expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá (Fls. 44)

Parte Demandada: No contestó la demanda

De oficio : Sin pruebas de oficio por decretar

Se le concede el uso de la palabra a la apoderada judicial del Fondo para que informe si cuenta con el expediente administrativo, la cual responde que desafortunadamente no trae los antecedentes pues el Fondo de Prestaciones no es el encargado de la administración de esos antecedentes que corresponde a la secretaria de educación del departamento. El Magistrado señala que el Fondo debió gestionar lo pertinente y en esa medida se ordenará la compulsión de copias a la procuraduría de conformidad con lo señalado en el art. 175 del CPACA

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS

Acto seguido el Magistrado sustanciador le confiere el uso de la palabra a las partes quien no manifiestan inconformidad con la decisión adoptada y al representante del Ministerio Público quien exhorta al cumplimiento de las cargas procesales por parte de la entidad demandada.

Respecto al decreto de pruebas las partes y el ministerio público se encuentran de acuerdo.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS

Señala el magistrado que en este estado se encuentra agotado el trámite de la audiencia inicial, indicando que al no existir pruebas por practicar, se DISPONE de conformidad con lo previsto en el inciso final el artículo 179 del C.P.A.C.A., prescindir de la etapa de pruebas y continuar con la etapa de alegaciones y juzgamiento. En consecuencia, se ordena un receso de la audiencia, por un término de 10 minutos, para convocar a la sala decisión y para que las parte demandante y el ministerio público, si consideran pertinente, organicen sus alegatos de conclusión.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Transcurrido el término de receso de la audiencia, e integrada la Sala de decisión No. 5 Conformada por los Magistrados Fabio Iván Afanador García, Luis Ernesto Arciniegas Triana y por el Magistrado Ponente Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros, se procede a escuchar los alegatos de conclusión que presentarán las partes y el Ministerio Público, en el siguiente orden:

Parte Demandante:

Manifiesta que teniendo clara la fijación del litigio y las pruebas a tener en cuenta en este caso lo que se pretende es la inclusión en su mesada pensional de todos los factores salariales dentro del año anterior al estatus pensional de conformidad con la normatividad que reglamenta el tema y lo probado en el proceso. Aduce que es de tener en cuenta que la normatividad que ampara el derecho reclamado tiene fundamento en la Ley 33 de 1985, ley 812 de 2003 art. 81 y la Ley 91 de 1989 art. 15. Es decir en este caso se tiene derecho al reconocimiento del 75% del salario mensual incluyendo todos los factores salariales percibidos durante el último año de presentación de servicios y en esa medida se le debe reliquidar su pensión desde el 20 de julio de 2006.

Parte Demandada:

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho y se expedieron de conformidad con la normatividad aplicable al caso, en especial lo previsto en el Decreto 3752 de 2003 y la Ley 91 de 1989.

Solicita que de accederse a las pretensiones se decrete la prescripción en aplicación de la ley 3135 art 45 de 1968

Ministerio Público: El representante del Ministerio Público presenta concepto bajo el postulado de la garantía de los derechos fundamentales y preservación del ordenamiento jurídico.

Luego de explicar el marco jurídico del régimen prestacional de los docentes señala, que en el caso concreto la docente se rige por lo previsto en la Ley 91 de 1989, la docente se vinculó el 01 de febrero de 1971. Respecto a los factores salariales señala que la discusión al respecto se zanjó con la sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, la cual señala que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores percibidos durante el último año de servicios pues lo señalado en la ley 33 de 1985 es a título enunciativo. Observa que en el caso de autos se liquidó la pensión teniendo en cuenta solo la asignación básica, sin incluir todos los factores devengados en el último año de prestación de servicios y en esa medida solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo habrá que ordenarse los respectivos descuentos a los aportes a la seguridad social y solicita además se revise el tema de la prescripción.

9. SENTENCIA ORAL

Una vez finalizada la intervención de las partes y del Ministerio Público, se decretó un receso de 10 minutos a fin de que la Sala realice las precisiones finales sobre el asunto que se debate, cumplido el cual, se procedió a dictar la respectiva Sentencia:

El Magistrado Ponente, en uso de la palabra, realizó las siguientes consideraciones:

Inicialmente, hace un recuento sobre las pretensiones invocadas por la demandante dentro de su escrito de demanda, y los argumentos expuestos por las partes en sus alegatos sintetizando las tesis invocadas por los extremos procesales en el siguiente orden:

1. TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Argumenta la demandante que por haber estado vinculada al servicio de la docencia con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, se le debió haber reconocido su pensión de jubilación teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 15 Numeral 2 literal b de la Ley 91 de 1989 y en el Art. 81 de la Ley 812 de 2003, en un monto equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a adquirir el estatus pensional; y no como se hizo en los actos administrativos acusados aplicando el art. 3º del Decreto 3752 de 2003, del que solicita su inaplicación por inconstitucional, limitando su reconocimiento al 75% del salario básico.

De acuerdo a lo anterior, plantea el siguiente problema jurídico que deberá resolver la Sala:

2. Problema Jurídico:

¿ Le asiste razón a la demandante al solicitar que su pensión de jubilación ordinaria reconocida mediante Resolución No 1678 del 19 de diciembre de 2006 expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se reliquide teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios ?

3. Tesis de la Sala :

Las pretensiones tienen vocación de prosperidad por las siguientes razones:

En primer lugar la Sala se referirá a las solicitud de excepción de inconstitucionalidad respecto del art. 3º del Decreto 3752 de 2003, en orden a precisar que la ley 1151 de 2007, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en su artículo 160¹ derogó expresamente el artículo 3o. del decreto 3752 de 2003, razón por la cual se hace innecesario ahondar en la solicitud planteada en la demanda en tal sentido.

Precisado lo anterior se tiene que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como referencia la fecha de vinculación al servicio educativo estatal, de la siguiente manera: *i)* Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; *ii)* Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

En lo que respecta al sistema de seguridad social integral contenido en la Ley 100 de 1993, este excluyó a los docentes de dicho régimen conforme a lo previsto en el inciso 2º del artículo 279, donde enunció:

“Así mismo, se exceptúan 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...”.

Dentro de dicho contexto es posible concluir que si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, cabe ultimar que estas prestaciones siguen sometidas al ordenamiento legal anterior, que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

No hay que olvidar que la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

¹ LEY 1151 DE 2007, “ARTICULO 160. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial ... el artículo 3o del Decreto 3752 de 2003 ... Continúan vigentes los artículos ... 81 ... de la Ley 812 de 2003”.

“Art. 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.”

Conforme a lo anterior es procedente determinar que en lo que respecta a la pensión de jubilación, no existe un régimen especial para los docentes toda vez que ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 lo consagraron, como tampoco lo hace la Ley 115 de 1994. En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable a los docentes. Además, las pensiones de jubilación de los maestros reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones generales de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de especiales.

Descendiendo al caso concreto observa la Sala, que dentro del expediente se encuentra acreditado conforme al certificado de tiempo de servicios (Fl. 7) que la demandante prestó sus servicios desde el 01 de febrero de 1971, circunstancia por la cual le asiste el derecho a regirse por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que fueren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Así las cosas, a la accionante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual prevé en el artículo 1° un tiempo de servicio equivalente a 20 años continuos o discontinuos y 55 años de edad; pues aunque la precitada normativa señala un régimen de transición para los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia es decir el 29 de febrero de 1985, contarán con 15 años de servicio, en este caso la actora prestó sus servicios como docente a partir del 01 de febrero de 1971, es decir, que para el 29 de febrero de 1985, fecha en que entró a regir la citada Ley 33 de 1985, contaba con menos de 15 años de servicio. Es decir, que al momento en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la accionante no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el previsto en la Ley 33 de 1985, conforme al cual se obtiene la pensión a partir de 55 años de edad y 20 años de servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demandante nació el 19 de julio de 1951, y que se desempeñó como docente dentro del lapso comprendido entre el 01 de febrero de 1971 y el 18 de julio de 2006 (momento en el cual adquirió su estatus pensional)², cumplió a cabalidad con los requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Así, habiéndose desempeñado como docente nacionalizada, el régimen pensional que gobernaba la totalidad de su derecho jubilatorio era el previsto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por lo que su derecho pensional se

² Conforme se precisa en la Resolución No 1678 de 2006 vista a folios 36-31

debe concretar bajo la regla general allí contenida, esto es, al cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios como en efecto sucedió, pero en cuantía del 75% del salario promedio de lo percibido durante el último año de servicios por cuanto al momento de efectuar la liquidación del derecho pensional se debió efectuar la liquidación del derecho jubilatorio con los respectivos factores salariales, es decir aquellas sumas que en forma habitual y periódica percibe el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, todo ello en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia pensional.

Teniendo en cuenta lo reseñado, el magistrado sustanciador afirma que en el caso de autos se puede deducir en principio dos aspectos: (i) que la pensión de jubilación de la accionante debe ser liquidada atendiendo el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de prestación de servicios; y (ii), que no le es aplicable el régimen de transición que, a su vez, estableció la Ley 33 de 1985 por cuanto a la entrada de su vigencia (29 de febrero de 1985), no había cumplido 15 años de prestación de servicios, ratificándose de esta manera que el régimen jurídico aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985.

En consecuencia, indica que para efectos de determinar cuáles factores deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión, es preciso acudir a lo consagrado en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 antes mencionada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Ésta última norma dispuso lo siguiente:

“Artículo 1. 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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

No obstante lo anterior, el magistrado ponente aduce que es necesario traer a colación el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, que frente a la inclusión de dichos factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión, sostuvo que:

“(…) la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación

pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

(...)

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.³

Refiere que dicha tesis ha sido reiterada en varias oportunidades por esa misma corporación y cita como ejemplos los siguientes: Sentencia de fecha 26 de agosto de 2010, radicado 2005-02159-01, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de fecha 3 de febrero de 2011, radicado 2007-01044-01, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de fecha 16 de febrero de 2012. Radicado 2007-01256-01. C.P. Bertha Lucía Ramírez.

A continuación, el director de la audiencia expresa que en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 102 y 256 del CPACA, la Sala acata la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por lo que resulta claro afirmar que para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de la accionante, se deberá tener en cuenta todos los factores salariales entendidos como aquellas sumas que de forma habitual y periódica percibía la demandante como contraprestación directa de sus servicios durante el último año de servicios, y que para el presente caso, según los certificados de devengados aportados con la demanda son los siguientes conceptos: asignación básica, prima de grado, quinquenio 25% y sobresueldo mensual del 20% y la doceava parte de la prima de la navidad (Fls. 35-37), y no como inicialmente se liquidó la pensión de jubilación por parte de la entidad demandada solo sobre la asignación básica, por lo que se infiere que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos factores salariales percibidos durante el último año de prestación de servicios.

Por lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 1678 del 19 de diciembre de 2006 expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones

³Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de fecha 04 de agosto de 2010. Radicado No. NI 0112-09. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante. Así como la nulidad de la Resolución No 1660 del 25 de octubre de 2010 expedida por la misma entidad y por medio de la cual no se revisó la Resolución No 1678 del 19 de diciembre de 2006. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho ordenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la Señora MARÍA MAGDALENA ORTEGATE DE MÁRQUEZ., en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, comprendido entre el 18 de julio de 2005 y el 18 de julio de 2006, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales, los cuales se encuentran debidamente certificados: asignación básica, prima de grado, quinquenio 25% sobresueldo mensual del 20% y la doceava parte de la prima de la navidad.

Así mismo, conviene recordar que tal y como lo ha reiterado el Consejo de Estado, en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.⁴ Bajo estas consideraciones, es evidente que la representación judicial corresponde a la Nación - Ministerio de Educación, como quiera que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no ostenta personería jurídica. Y aunque las Secretarías de Educación de los entes territoriales suscriben el acto que reconoce o niega las prestaciones sociales de los docentes, únicamente actúan por delegación, puesto que el derecho lo otorga el citado fondo.

Finalmente, teniendo en cuenta que la entidad demandada incumplió con la carga procesal⁵ que le impone el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA que prevé "Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso que se encuentren en su poder..." en aplicación del inciso 3º del parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA⁶ se dispondrá oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo, inicie investigación disciplinaria en contra del funcionario obligado de cumplir con este deber.

OTRAS DETERMINACIONES:

Prescripción de las diferencias pensionales: Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y teniendo en cuenta que la solicitud que dio origen al acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión es de fecha 28 de agosto de 2009 y el acto administrativo que le reconoció el derecho pensional a la actora es de fecha 19 de diciembre de 2006, encuentra la Sala que no hay prescripción de mesadas.

Descuento de aportes. Con el ánimo de preservar el principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social, la entidad accionada deberá descontar los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena por

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002).- Radicación No. 1423 Consejero ponente: César Hoyos Salazar

⁵ Art. 103 CPACA

⁶ La inobservancia de estos deberes constituye falta gravísima del funcionario encargado del asunto.

todo el tiempo que dejaron de practicarse; siempre y cuando, sobre éste no se haya efectuado la deducción legal. Así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Actualización de las sumas. Las diferencias pensionales reconocidas tendrán los reajustes de Ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y 392 del .C.P.C., la Sala impone condenar en costas a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio extremo procesal vencido en éste proceso, condena que se liquidará por la Secretaría de ésta corporación y seguirá el trámite contemplado en el artículo 393 del C.P.C.

Ahora bien, tomando en consideración el artículo en comento, debe la Sala fijar las agencias en derecho que se hayan causado dentro del litigio que se decide, por lo que resulta imperante acudir al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, acto administrativo que en su numeral 3.1.2, fija como tarifa para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hasta un 20 % del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. En ese sentido, estima pertinente la Sala fijar como agencias en derecho la suma de \$ 1.487.153 que corresponde al 2% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de demanda (\$74.357.684).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala de decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO.- Declárase la nulidad parcial del artículo primero de las Resolución No. 1678 del 19 de diciembre de 2006 expedida por la Secretaria de Educación de Boyacá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, en cuanto al valor de la mesada allí reconocida.

SEGUNDO.- Declárase en si integridad la nulidad de la Resolución No 1660 del 25 de octubre de 2010 expedida por la Secretaria de Educación de Boyacá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la cual no se revisa la Resolución No 1678 del 19 de diciembre de 2006.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación de Boyacá

reliquidar la pensión de jubilación de la Señora María Magdalena Ortegata de Márquez, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, a saber: asignación básica, prima de grado, quinquenio 25%, sobresueldo mensual del 20% y la doceava parte de la prima de la navidad.

CUARTO.- Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- La Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá DESCONTAR de las anteriores sumas, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena por el tiempo que los mismos no fueron pagados; siempre y cuando, sobre éstos no se haya efectuado la deducción legal. Así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

SÉPTIMO.- Oficiese a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo, inicie la investigación disciplinaria contra el funcionario de la entidad demandada que tenía el deber funcional de remitir el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto de este proceso.

OCTAVO.- Condenar en costas a la parte vencida, liquídense por secretaría y aplíquese el procedimiento establecido en el artículo 393 del C.P.C.

NOVENO.- Fijese como agencias de derecho la suma de \$ 1.487.153 que corresponde al 2% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de demanda (\$74.357.684).

DECIMO.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

CONTRA ESTA SENTENCIA PODRÁ INTERPONERSE Y SUSTENTARSE RECURSO DE APELACIÓN ANTE ESTE TRIBUNAL, DENTRO DE LOS DIEZ (10) DÍAS SIGUIENTES, TAL COMO LO PREVÉ EL ARTÍCULO 247 DEL C.P.A.C.A.

Acto seguido, se le corre traslado a las partes y al agente del Ministerio Público, quienes manifestaron:

Parte demandante: Conforme con la sentencia. No obstante solicita se aclare dado que estima que como se expresó son todos los factores salariales y en el fallo no se hizo alusión al prima de vacaciones del mes de noviembre.

Parte demandada : Presenta recurso de apelación el cual sustentara en el término que la ley le otorga para el efecto.

Ministerio público : coadyuda la solicitud del apoderado de la demandante, en el sentido de aclarar la sentencia.

Teniendo en cuenta lo expresado por el apoderado judicial de la demandante y que se encuentra acreditado que en el mes de noviembre de 2005 percibió la prima de vacaciones se procederá a aclarar el numeral tercero de la sentencia así :

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación de Boyacá reliquidar la pensión de jubilación de la Señora María Magdalena Ortegata de Márquez, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, a saber: asignación básica, prima de grado, quinquenio 25%, sobresueldo mensual del 20% y la doceava parte de las primas de la navidad y vacaciones.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS

Se le concede el uso de la palabra a las partes y al ministerio público los cuales se encuentran conformes con la decisión.

9. CONSTANCIAS.

No se encuentran pendiente constancias por registrar.

Antes de finalizar, se verificó que haya quedado debidamente grabado el audio el que hace parte de la presente acta.

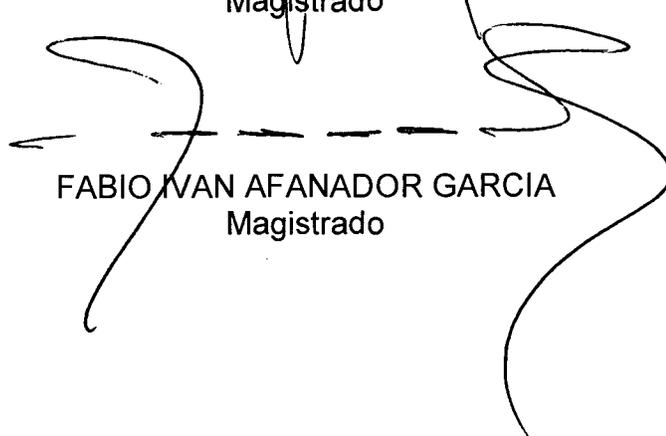
No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 11:55 am , se firma por quienes intervinieron en ella.



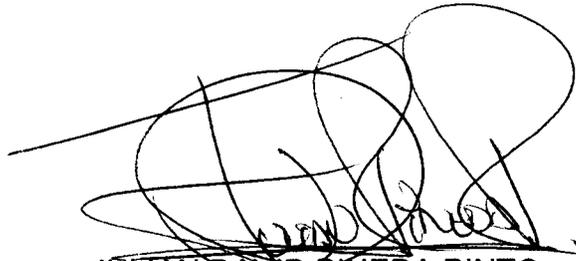
FELIX ALBERTO ROGRIGUEZ RIVEROS
Magistrado ponente



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



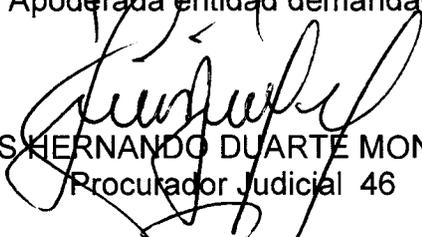
FABIO IVAN AFANADOR GARCIA
Magistrado



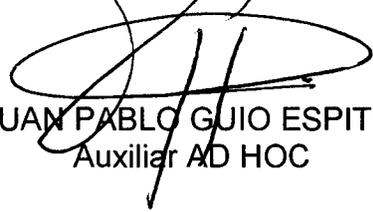
JULIAN DAVID PINEDA PINTO
Apoderado demandante



ANDREA DEL PILAR CHONA BOLIVAR
Apoderada entidad demandada



LUIS HERNANDO DUARTE MONTAÑA
Procurador Judicial 46



JUAN PABLO GUIO ESPITIA
Auxiliar AD HOC