

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDO
PALACIO DE JUSTICIA, CUARTO PISO, OFICINA 410
J02admqdo@cendoj.ramajudicial.gov.co
QUIBDO - CHOCO

AUDIENCIA DE PRUEBAS
ACTA No.002
Artículo 181 ley 1437 de 2011

Quibdó, 12 de marzo de 2013, a las 02:00 p.m.

Juez del proceso: RIGOBERTO BAZAN OROBIO
Expediente: 2012-00016
Demandante: Dominga del Carmen Mosquera Torres
Demandado: Nación - Min Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Referencia: AUDIENCIA DE PRUEBAS

1.- ASISTENTES:

Siendo las 02:00 pm de hoy 12 de marzo de 2013, en la sala de audiencias del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, previa citación a las partes y demás intervinientes voluntarios y forzosos, tal como lo indica el artículo 181 del CPACA; se da inicio a la presente Audiencia de Pruebas dentro del Medio de Control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por ***Dominga del Carmen Mosquera Torres***, contra la ***Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio***; tramitado bajo el radicado ***2012-00016***, convocada el día 27 de febrero de 2013 en desarrollo de la Audiencia Inicial (fl 54-56). Diligencia presidida por el señor Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdó ***RIGOBERTO BAZAN OROBIO***, en asocio con la secretaria para esta audiencia ***ERICK SALOMON PALACIOS MORENO***.

Respecto a la asistencia de las partes, apoderados, Ministerio Público y demás intervinientes procesales, el señor Juez solicita la presentación de cada uno indicando el nombre completo, su identificación con exhibición de los documentos, presentación que se realiza en el siguiente orden:

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

La abogada, ***NADIA AREIZA PALACIOS***, manifiesta y exhibe su identificación con Cédula de ciudadanía No. 35.893.619, y Tarjeta Profesional No. 145.055 del C.S. de la J; quien funge como apoderado de la demandante dentro del presente proceso y con personería Jurídica ya aquí reconocida.

1.2.- PARTE DEMANDADA

No compareció a la audiencia, se compulsara copia de la presente providencia a la procuraduría, para que se investigue la posible falta disciplinaria en que haya incurrido

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 77 Judicial I Administrativo, abogado AMADOR VALDERRAMA COPETE, Quien actúa en calidad de Agente del Ministerio Público, en el presente proceso.

1.4.- TERCEROS INTERVINIENTES

No hay en el presente proceso, a esta instancia.

INASISTENCIAS Y EXCUSAS:

No hay excusas respecto a la inasistencia de la parte demandada.

2.- SANEAMIENTO DEL PROCESO:

El juez procede a hacer la revisión de cada una de las actuaciones surtidas en el proceso a fin de examinar que no se hayan presentado vicios y en caso de haber ocurrido, proceder a su saneamiento. Se interroga a las partes si están de acuerdo con el trámite impartido al proceso

2.1.- Auto Interlocutorio No. 161

2.1.1.- No advirtiendo el Despacho irregularidades ni hechos constitutivos de causal de nulidad, se declara saneado el proceso, hasta el presente momento procesal.

2.1.2.- La presente decisión queda notificada en estrados

RECURSOS: No fueron interpuestos.

3.- AUDIENCIA DE PRUEBAS

Conforme lo establece el artículo 181 del CPACA, se procede al desarrollo de la audiencia de pruebas. Diligencia que fue convocada para recaudar las pruebas solicitadas y decretadas por el Despacho.

Las pruebas decretadas y a recaudar en la presente diligencia fueron las siguientes:

a.- Oficiase al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Chocó - Administración Temporal del Sector Educativo del Departamento del Chocó, para que remita al plenario copia autenticada del expediente pensional de la señora Dominga del Carmen Mosquera de Torres; en el cual entre otros documentos repose el certificado de tiempo de servicios y salarios (ingresos laborales), presentados por la demandante en la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación radicada bajo el número 2008-PENS-001077 del 29 de enero de 2008 y que dio origen a la expedición de la Resolución No. 10515 del 19 de agosto de 2008.

A esta instancia no se han llegado los documentos requeridos.

Se interroga a la parte demandante si cumplió con lo dispuesto en la audiencia inicial, y presenta el formato único para expedición de salarios, expedido el 4 de febrero de 2013.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho dispone:

3.1.- Auto Interlocutorio No. 162

3.1.1.- Teniendo en cuenta la renuencia de la entidad demanda, el despacho compulsara copias a la Procuraduría General de la Nación, para que se sirva investigar la omisión de la entidad en allegar copia del expediente administrativo pensional de la demandante y que le fue solicitado auto admisorio de la demanda para que lo aportara con la contestación de la demandan como en la etapa de pruebas y se hizo caso omiso a las órdenes del Despacho, así mismo individualizar al responsable e imponer las sanciones disciplinarias a que haya lugar, teniendo de presente entre otras normas el último inciso del parágrafo 1 del artículo 175 del CPACA.

3.1.2.- Agréguese al expediente el consecutivo 1530 del 4 de febrero de 2013, donde se encuentra los factores salariales devengados por la demandante durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

3.1.3.- Córrase traslado de los anteriores documentos a la parte demandada y al Ministerio Público.

El Ministerio Público manifestó no tener ninguna objeción

3.1.4.- Advirtiéndolo el Despacho que no hay objeción sobre los referidos documentos, téngase como pruebas y désele el valor que en derecho corresponda en la respectiva sentencia.

3.1.5.- Ciérrese el debate probatorio en el presente asunto.

3.1.6.- La presente decisión queda notificada en estrados

RECURSOS: No fueron interpuestos.

4.- DECISIÓN DEL DESPACHO PARA AGOTAR LAS ETAPAS DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO EN LA PRESENTE DILIGENCIA.

De acuerdo a lo establecido en el último inciso del artículo 181 del CPACA, es la oportunidad de decidir sobre la fijación de la fecha de audiencia de alegaciones de conclusión y juzgamiento. En consonancia con lo establecido en el último inciso del artículo 179 del CPACA, que establece la posibilidad de dictar sentencia en la audiencia inicial, cuando se prescinde del periodo probatorio; con el objeto y principios de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, establecidos en el artículo 103 del CPACA, no encuentra el Despacho impedimento legal para continuar en el presente momento procesal el desarrollo de la etapa de alegaciones de conclusión y sentencia.

4.1.- Auto de Sustanciación No. 184

4.1.1.- Continuar en el presente momento procesal el desarrollo de la etapa de alegaciones de conclusión y sentencia.

4.1.2.- La presente decisión queda notificada en estrados.

RECURSOS: No se interponen recursos

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.- Auto de Sustanciación No. 185

5.1.1.- Concédase el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos cada uno por un término máximo de veinte (20) minutos, comenzando con la parte demandante, seguido de la parte demandada y el ministerio público, para que si a bien lo tiene se emita su concepto.

5.1.2.- La presente decisión queda notificada en estrados.

RECURSOS: No se interponen recursos.

5.2.- Síntesis de las alegaciones de conclusión

5.2.1.- Parte demandante: Se ratifica en lo expuesto en el libelo de la demanda

5.2.2.- Parte demandada: La parte demanda no asistió a la presente diligencia

5.2.3.- Ministerio Público: A la demandante no se le incluyeron todos los factores salariales, por lo cual solicita con el respecto acostumbrado se conceda la suplicas de la demandan y en consecuencia se condene a la entidad demanda al reliquidar la pensión a la actora

Continuando con el presente procedimiento procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

6.- SENTENCIA Nº 018

6.1.- La Demanda

6.1.1.- Hechos de la demanda

Los hechos son los enunciados y sintetizados en la fijación del litigio de la audiencia inicial y que obra a folios 71-73 del expediente. Diligencia en la cual se sintetizaron los hechos y se fijó el litigio en los siguientes términos

6.1.1.1.- El litigio fue fijado en establecer si a la demandante le asiste el derecho a que se le incluya como factores salariales, en la liquidación de su pensión de jubilación, además de la asignación básica mensual, la prima de navidad y la prima vacacional. Además a si le asiste el derecho a la indexación de la primera mesada pensional entre la fecha de adquisición del status y la fecha de expedición del acto administrativo que reconoció la pensión.

6.1.2.- Pretensiones de la demanda: Pretende la parte demandante se profieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

6.1.2.1.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 10515 del 19 de agosto de 2008 y del oficio No. AT-AD-0422-12 del 16 de marzo de 2012, dictada por la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó y el Administrador Temporal para el Sector Educativo del Departamento del Chocó, mediante las cuales reconoció y ordenó pagar a la Licenciada DOMINAGA DEL CARMEN MOSQUERA DE TORRES, su pensión vitalicia de jubilación, con efectos fiscales desde el 07 de septiembre de 2007, en cuantía de \$1'498.420, excluyéndose algunos factores de salario devengados

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

durante el último año de servicios como docente de vinculación nacional y sin indexación alguna del ingreso base de liquidación.

6.1.2.2.- Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, se dicte un nuevo acto administrativo, reconociendo y ordenando pagar a la Licenciada Dominga del Carmen Mosquera de Torres una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir de la fecha ya anotada, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación indexado de \$2'430.087, para determinar la tasa de reemplazo del 75% por valor de \$1'822.565, efectiva a partir del 07 de septiembre del 2007, incluyendo todos los factores de salario durante el último año de servicio y la indexación de la primera mesada pensional.

6.1.2.3.- Las entidades demandadas, pagaran a mi poderdante las diferencias resultantes del valor de la pensión reconocida, por la entidad accionada y la pensión legal, liquidada con todos los factores de salario, la indexación del ingreso base de liquidación y los reajustes de ley, por la suma de \$25'372.800, desde el 07 de septiembre de 2007 hasta el 30 de junio de 2012, más los reajustes de ley de cada año.

6.1.2.4.- Se le dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 ibídem. Además, se condenará al pago de los intereses moratorios (Artículo 141, Ley 100 de 1993) y condenará en costas a la demandada, en virtud del artículo 55 de la ley 446 de 1998

6.1.3- Causales de Nulidad Invocadas

Del concepto de violación se puede establecer que la causal de nulidad es la de violación de la norma superior. Constitución: artículos 48 y 53 respecto a la indexación de la primera mesada pensional; las leyes 33 y 62 de 1985 y la interpretación que ha hecho el Consejo de Estado, respecto a los factores salariales a tener en cuenta a los docentes beneficiarios del régimen de transición

6.2.- La contestación de la demanda y la defensa de la entidad demandada

La entidad demandada, no contestó la demanda

6.3.- Problema Jurídico

Consiste en determinar si el acto administrativo demandado se encuentra afectado de nulidad al negar el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional con la inclusión de factores salariales no tenidos en cuenta y la indexación de la primera mesada pensional.

6.4.- Tesis

Se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 10515 del 19 de agosto de 2008 y total del oficio No. AT-AD-0422-12 del 16 de marzo de 2012, en tanto en la primera no se incluyeron algunos factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante; y en el segundo al no reliquidar la pensión de jubilación del (a) demandante con los factores salariales que en derecho correspondía, por lo tanto se condenará a la demandada a la reliquidación de la pensión de jubilación y al pago de los mayores valores pensionales que se causaron debidamente indexados desde su causación hasta la ejecutoria de la presente providencia y las que se causen después de la ejecutoria y el acumulado devengaran interese de mora en los términos del artículo 192 del CPACA, la indexación y la liquidación de intereses se hará previo el descuento del aporte a salud que corresponde al (a) demandante en calidad de pensionada. Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones que se expondrán en la parte motiva de la presente providencia.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

6.5.- Razones de la tesis

6.5.1.- Lo probado en el proceso

6.5.1.1.- Que por cumplir con los requisitos legales, la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante, mediante Resolución No. 10515 del 19 de agosto de 2008, efectiva a partir del 07 de septiembre de 2007, en la cual se tuvo en cuenta como factor salarial únicamente la asignación básica devengada durante el año anterior a la adquisición del status (folios 12-13).

6.5.1.2.- Que la demandante mediante apoderada solicitó a la entidad la reliquidación pensional, con petición del 05 de marzo de 2012 y la entidad negó lo pedido mediante oficio No. AT-AD-0422-12 del 16 de marzo de 2012 (folios 15-16).

6.5.1.3.- Que entre el 08 de septiembre de 2006 y el 07 de septiembre de 2007, la demandante, en su calidad de docente devengó además de la asignación básica los siguientes factores salariales: prima de navidad y prima de vacaciones (folios 58-59).

6.5.2.- El régimen pensional docente y los factores de liquidación de las pensiones de jubilación.

Tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, en cuanto al derecho pensional de los docentes les son aplicables las normas generales aplicables a los demás servidores públicos, que en el caso de la demandante, dado su ingreso al servicio el 26 de septiembre de 1972, son las leyes 33 y 62 de 1985.

La discrepancia de la demandante en cuanto a la normatividad aplicable para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, estuvo en que la entidad procedió a aplicar el artículo 3 del Decreto No. 3752 del 22 de diciembre de 2003; norma ésta que establece lo siguiente:

“Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización.”

Según el (la) demandante dicha norma no era inaplicable en su caso y por tanto se le debió liquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “B”; Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011); Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10); Actor: PASTOR SANTIAGO DUARTE; Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION. Expresó lo siguiente: *Si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993), entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente. Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. 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 para los docentes nacionales.*

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

Le asiste razón a la parte demandante, pues respecto a la interpretación y aplicación que debe darse al artículo 3 del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, el Consejo de Estado² ha indicado lo siguiente:

*“Si bien es cierto la correlación entre **cotización** y **liquidación** desarrollada en el artículo enjuiciado 3º del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional³ y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el **ingreso base de cotización (Ibc)** y el **ingreso base de liquidación (Ibl)**.”*

*Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento “**pleno**” y “**oportuno**” de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales – ley 91 de 1989).”*

Es decir que en materia pensional al (a) demandante le es aplicable las Leyes 33 y 62 de 1985, y en cuanto a los factores salariales de liquidación pensional a tener en cuenta para establecer el monto de la prestación social, igualmente el Consejo de Estado⁴, ha indicado que éste lo constituye todo lo devengado por empleado público durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status; específicamente en el caso de los docentes, expresó la Alta Corporación lo siguiente:

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el demandante en el caso concreto tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es el 16 de abril de 2000, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Para efectos de liquidar la prestación anterior, se dará aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA; Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011); Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00220-01(4582-04) y 11001-03-25-000-2005-00234-00(9906-05) ACUMULADOS; Actor: LIBARDO SANTIAGO LASSO Y OTROS; Demandado: GOBIERNO NACIONAL

³ - La ley 33 de 1985, señaló: “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.”

- El artículo 21 de la ley 100 de 1993, indicó: “**INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE**” (resaltado y subrayas fuera del texto).

- El Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, insistió: “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

4

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Así las cosas, teniendo en cuenta la certificación de lo devengado por el (la) demandante entre el 08 de septiembre de 2006 y el 07 de septiembre de 2007, en la cual se indica que devengó Asignación básica (sueldo), prima vacacional y prima de navidad, según la constancia obrante a folio 58-59.

Se debe tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación el promedio de asignación básica mensual devengada entre el 08 de septiembre de 2006 y el 07 de septiembre de 2007, así como una doceava (1/12) de la prima de vacaciones y navidad devengada en dicho periodo. Lo que indica que de haber liquidado la pensión la entidad demandada en los términos indicados el valor de la misma hubiere resultado superior al inicialmente reconocido.

Por lo anterior se declarará la nulidad del acto administrativo demandado en cuanto niega la reliquidación pensional y en consecuencia se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación del (la) actor (a) teniendo en cuenta los factores salariales antes indicados; como consecuencia de ello se ordenará el pago al (la) demandante del mayor valor de las mesadas pensionales no pagados, resultante de la diferencia entre las mesadas pensionales de la reliquidación y las mesadas pensionales reconocidas y pagadas a partir de la fecha en que se inició el pago de la prestación. Las sumas causadas y a reconocer será indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, previo el descuento del aporte proporcional a seguridad social en salud, que le corresponde al (la) demandante en calidad de pensionado (a), y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA.

6.5.3.- Pago de los aportes sobre los factores salariales no cotizados

Reitera el Consejo de Estado en la providencia tantas veces mentada que:

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional

Como el (la) demandante debió cotizar por todos los factores que integran el salario base de liquidación de la pensión; si la entidad al reliquidar la pensión, cuya orden se impartirá en la presente providencia, encuentra que en virtud de la misma se deben incluir factores salariales sobre los cuales el (la) demandante no realizó los respectivos aportes que por ley le correspondían, se deberá liquidar dichos aportes en la proporción que correspondía al (la) demandante en su calidad de empleado (a)

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez "será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados".

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

oficial, sobre los mencionados factores salariales abarcando todo lo devengado por dichos factores durante la vigencia de la relación laboral, sumas estas que se descontarán del retroactivo pensional a pagar y/o de las mesadas pensionales a pagar a futuro, hasta que se complete el monto debido; sin que el descuento mensual supere la quinta parte de la mesada pensional.

6.5.4.- Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la indexación del ingreso base de liquidación de la pensión.

En cuanto al derecho a la indexación del ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación o vejez, cuando entre la fecha del retiro del trabajador y la fecha de adquisición del status por completar el último requisito, ha transcurrido un tiempo considerable la jurisprudencia de las altas Cortes (Corte Constitucional y Consejo de Estado)⁵, ha unificado criterio en cuanto al derecho que le asiste al beneficiario por criterios entre otros el de equidad, de que le sea actualizado el salario base de liquidación de la pensión, teniendo en cuenta la inflación positiva que registra nuestro país.

En el caso que nos ocupa se tiene que entre la fecha de la adquisición del status de pensionada de la demandante y la fecha a partir de la cual se hace efectivo el pago del derecho, no transcurrió ni siquiera un día, lo que indica que no se dan los supuestos establecidos por la jurisprudencia para aplicar la indexación de la primera mesada pensional. Razón por la cual se negará la pretensión en éste sentido incoada.

6.5.5.- Prescripción de mayores valores pensionales.

Con relación al término que tienen los empleados oficiales para reclamar ante la entidad empleadora el pago de sus derechos laborales, el Decreto Nacional 1848 de 1969, "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.", en su artículo 102 establece lo siguiente:

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. *Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
2. *El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."*

El status de pensionada lo adquirió el (la) demandante el 07 de septiembre de 2007 y la petición de reliquidación se hizo el día 05 de marzo de 2012, es decir que se interrumpió la prescripción a partir del mes de marzo de 2012⁶, contando tres años hacia atrás, es decir hasta el mes de marzo de 2009; lo que indica que los mayores valores causados hasta el día 28 de febrero de 2009 a la fecha de presentación de la petición de reliquidación ya habían prescrito.

⁵ Sentencia T – 697 del 06 de septiembre de 2010; sentencia T-1059 de 2007; CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B"; Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; providencia del 6 de mayo de 2010; Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09); Actor: WILLIAM BOTERO LONDOÑO; Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL

⁶ Lo anterior toda vez que la mesada pensional su periodo de pago regular es mensual, por lo tanto el derecho a reclamar el pago de la mesada pensional se causa por mensualidades vencidas y a 30 de mayo no se había vencido la mensualidad correspondiente a dicho mes.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

El Despacho en aplicación del inciso segundo del artículo 187 del CPACA, el Despacho declarará de oficio la excepción de prescripción de los mayores valores pensionales causados hasta el 28 de febrero de 2009.

6.5.6.- De la Condena en Costas

El artículo 188 del CPACA, dispone lo siguiente: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

La entidad demandada es la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, si bien se condenará en costas a la demandada, dentro de éstas no se liquidará agencias en derecho por expresa prohibición del inciso segundo del numeral 1 del artículo 392 del CPC. Por Secretaría se liquidarán siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

6.5.7.- Conclusión

Se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 10515 del 19 de agosto de 2008 y total del oficio No. AT-AD-0422-12 del 16 de marzo de 2012, en tanto en la primera no se incluyeron algunos factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante; y en el segundo al no reliquidar la pensión de jubilación del (a) demandante con los factores salariales que en derecho correspondía, por lo tanto se condenará a la demandada a la reliquidación de la pensión de jubilación y al pago de los mayores valores pensionales que se causaron a partir del 01 de marzo de 2009 debidamente indexados desde su causación hasta la ejecutoria de la presente providencia y las que se causen después de la ejecutoria y el acumulado devengarán interese de mora en los términos del artículo 192 del CPACA, la indexación y la liquidación de intereses se hará previo el descuento del aporte a salud que corresponde al (a) demandante en calidad de pensionada. Con prescripción de los mayores valores causados hasta el 28 de febrero de 2009. Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

7.- DECISIÓN: En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 10515 del 19 de agosto de 2008 y total del oficio No. AT-AD-0422-12 del 16 de marzo de 2012, expedida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Chocó, a través de la Secretaría de Educación Departamental, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la demandante.

SEGUNDO.- Ordenase a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del (a) demandante señor (a) **Dominga del Carmen Mosquera de Torres**, identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 26'257.364, en cuantía equivalente del 75% del promedio mensual devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status de pensionado; teniendo en cuenta como

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

factores salariales, la asignación básica mensual y la doceava (1/12) de la prima de navidad y vacacional, devengada durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada, tal como se indica en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- Condénese a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar al (la) demandante, los mayores valores no pagados, resultante de la diferencia entre las mesadas pensionales de la reliquidación y las mesadas pensionales reconocidas y pagadas desde el 01 de marzo de 2009 hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la pensión reliquidada. Las sumas reconocidas será indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, y aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada adicional, que le corresponde al (la) demandante en calidad de pensionado (a), y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA; previo a la liquidación de los intereses de mora en relación con las mesadas causadas con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia se descontará el aporte a seguridad social y al Fondo sobre los mayores valores a pagar.

CUARTO.- La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, si al reliquidar la pensión, cuya orden se imparte en la presente providencia, encuentra que en virtud de la misma se deben incluir factores salariales sobre los cuales el (la) demandante no realizó los respectivos aportes que por ley le correspondían, deberá liquidar dichos aportes sobre los mencionados factores salariales abarcando todo lo devengado por dichos factores durante la vigencia de la relación laboral, sumas estas que se descontarán del retroactivo pensional a pagar y/o de las mesadas pensionales a pagar a futuro, hasta que se complete el monto debido; sin que el descuento mensual supere la quinta parte de la mesada pensional.

QUINTO.- Declárese de oficio la prescripción de los mayores valores pensionales causados hasta el 28 de febrero de 2009.

SEXTO.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda

SEPTIMO.- Condénese en costas a la entidad demandada, las mismas que se liquidarán siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en los términos establecidos en la parte motiva.

OCTAVO.- Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 y Ss del CPACA.

NOVENO.- Para su cumplimiento, expídanse copias autenticadas de la sentencia, con constancia de ejecutoria, al (la) demandante, al Ministerio Público, y a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; Conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y Ss del CPACA, 115 del C de P. C. y 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995; con cargo a los gastos del proceso.

DECIMO.- Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

ONCE.- La presente providencia queda notificada en estrados.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00016

ACCIONANTE: Dominga del Carmen Mosquera Torres

ACCIONADO: Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

RIGOBERTO BAZAN OROBIO

11.- RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA: No se interpusieron recursos

12. CONSTANCIAS

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 11:25 a.m horas de la mañana, se firma por quienes intervinieron en ella

FIRMAS

RIGOBERTO BAZAN OROBIO

Juez

NADIA AREIZA LOZANO

Apoderada de la parte demandante

AMADOR VALDERRAMA COPETE

Agente del Ministerio Público

ERICK SALOMON PALACIOS MORENO

Secretario Ad hoc