



Consejo Superior
de la Judicatura

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LILIA ORJUELA MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –
MUNICIPIO DE TUNJA -- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006- 2015-0110-00**

ACTA No. 34 de 2016

AUDIENCIA INICIAL ART. 180 LEY 1437 DE 2011

ARTÍCULO 180 DEL C.P.A.C.A. SANEAMIENTO DEL TRÁMITE, DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO, CONCILIACIÓN Y DECRETO DE PRUEBAS.

En la ciudad de Tunja, a los veinticuatro (24) días del mes de febrero del año dos mil dieciséis (2016), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), día y hora fijados en la providencia del ocho (08) de febrero de dos mil dieciséis (2016), para llevar a cabo la diligencia de Audiencia inicial dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO N° 15001-33-33-006-2015-0110** instaurada por la señora **LILIA ORJUELA MUÑOZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE TUNJA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, la suscrita Juez **MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO**, en compañía de la doctora **ANA CAROLINA CELY LÓPEZ** como **secretaria AD-HOC** se constituye en audiencia pública.

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.

3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Medidas Cautelares.
7. Decreto de Pruebas.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

1. - ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

- **APODERADO:** Doctor **HECTOR JULION VEGA RINCÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 67753.053 de Tunja y portador de la T.P. N° 131.948 del C.S. de la J., en calidad de apoderada de la parte demandante.

1.2.- PARTE DEMANDADA

- **MUNICIPIO DE TUNJA:**

APODERADA: La Doctora **ANDREA YANETH BAEZ SORA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 40'047.534 DE Tunja en calidad de Secretaria Jurídica y Apoderada General del Alcalde de la ciudad de Tunja le confiere poder a la abogada **DIANA CAROLINA RODRIGUEZ RAMIREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 46'384.533 de Sogamoso y T.P. No. 148.625 del C.S. de la J., atendiendo a que el poder reúne los requisitos establecidos en el artículo 159 y 160 del C.P.A.C.A., se le reconocerá personería

al citado profesional en Derecho, para actuar como apoderado judicial del Municipio de Tunja, en los términos y para los efectos del poder allegado a la presente diligencia.

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO:

- Doctor **RAÚL HERIBERTO BLANCO HERNÁNDEZ**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 4.237.936 de San Mateo (Boyacá) y portador de la Tarjeta Profesional No. 49.189 del C.S. de la J., quien actúa en calidad de **Procurador Judicial 67** para Asuntos Administrativos ante este Despacho.

1.4. - INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**, así como del **apoderado de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues la inasistencia de estos no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso segundo del numeral 2º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. Se advierte que ante la inasistencia de los apoderados se dará aplicación a lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Las partes quedan notificadas en estrados.

2.- SANEAMIENTO DEL PROCESO:

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 180 numeral 5º en concordancia con el 207 del C.P.A.C.A., el Despacho indica que **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicio que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifieste al respecto:

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifestó: No tengo nada que afirmar en este sentido.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado del Municipio de Tunja – Secretaría de Educación**, quien manifestó: No acierto vicio o irregularidad que invaliden lo actuado.

Se le concede el uso de la palabra al **Procurador 67 delegado a este Despacho**, quien manifestó: Su señoría no advierte irregularidad o causal de nulidad que invaliden lo actuado.

Escuchadas las partes, el Despacho manifiesta que no existe irregularidad ni causal alguna que origine nulidad de lo actuado, razón por la cual se continúa con el orden de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

3.- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS.-

Observa el Despacho que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Tunja – Secretaría de Educación con las contestaciones al presente medio de control, propusieron las excepciones que a continuación se relacionan:

| Entidad | Excepciones vistas a folios 64 a 66. |
|---|--|
| MUNICIPIO DE TUNJA | 1- Falta de Legitimación en la causa por pasiva respecto del Municipio de Tunja. 2- Ilegalidad del Petitem. 3- Cobro de lo no debido. 4- La genérica. |
| Entidad | Excepciones vistas a folios 96 Vto. |
| NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO | 1- Prescripción 2- Genérica u oficiosa |

Debe resaltarse que a las anteriores excepciones se les corrió traslado tal y como lo indica el artículo 175 del CPACA, término dentro del cual la parte actora guardó silencio; en consecuencia procede el Despacho a resolverlas:

❖ **Municipio de Tunja – Secretaría de Educación: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Municipio de Tunja – Secretaría de Educación:**

Respecto a la legitimidad que pueda tener el Municipio de Tunja – Secretaría de Educación para actuar dentro del presente proceso, es pertinente traer a colación el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 que señalo el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales ante el Fondo del Magisterio así:

ARTÍCULO 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administra el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (Subraya fuera de texto)

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, de los cuales se desprende que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la voluntad de la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, así como la de la Fiduciaria la Previsora S.A., a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada.

No obstante lo anterior, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde finalmente, a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, expedir el acto administrativo por el cual se dispone el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.¹

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 18 de agosto de 2011, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación N° 6800-1231-5000-2004-02094-01(1837-03)

Lo anterior tiene pleno respaldo en jurisprudencia del H. Consejo de Estado de fecha catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), en donde se estudió la legitimación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en un caso como el aquí debatido².

Así las cosas, del trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, analizado anteriormente, y de los artículos 9° de la Ley 91 de 1989³ y 3° del Decreto 2831 de 2005⁴ se colige, que aun siendo la entidad territorial quien proyecta los actos administrativos que son objeto de demanda, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia o autónoma.

La Secretaria de Educación de Tunja cumple, por disposición de la ley y el reglamento, funciones que, en principio son propias del Ministerio de Educación, pero que, se depositan en aquella como una estrategia de regionalización, de manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad local⁵, pues se delega en la entidad territorial la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal.⁶ Así lo manifestó el H. Consejo de Estado en jurisprudencia del 21 de noviembre de 2011 en donde se indicó:

*“... como quiera que el contenido del artículo 56 de la Ley 962 del 2005, que radicó en cabeza de los Secretarios de Educación la función de expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional, no implicó descentralización fiscal en el manejo y pago de las acreencias originadas en las prestaciones sociales del personal docente afiliado, pues **tal competencia le continua correspondiendo a dicho Organismo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3°, 5° y 9° de la Ley 91 de 1989**, tan así es que con todo, los actos administrativos expedidos por las autoridades territoriales se encuentran sujetos al control y aprobación del mencionado **Fondo, por lo que es a éste a quien***

² Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección “b”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12): “... no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, **si bien es cierto, la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales...** (Negrilla y Suoraya del Despacho)”

³ Ley 91 de 1989, Artículo 9. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

⁴ Decreto 2831 de 2005, Artículo 3. ...De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

⁵ Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, seis (06) de mayo de 2013, Radicado: 0500133330102012000840.

⁶ Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, Magistrado Ponente: Álvaro Cruz Riaño, diecinueve (19) de abril de 2013, Radicado: 0500133330252012000200.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2013-0110-00

Demandante: Lilia Orjuela Muñoz

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Tunja - Secretaría de Educación

corresponde acudir a defender la legalidad de los actos demandados, radicándose en el mismo la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que de su eventual anulación se deriven.⁷ (Negrilla y Subraya del Despacho)⁸

Bajo las anteriores argumentaciones, el Despacho declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Tunja - Secretaría de Educación propuesta en la contestación de la demanda, pues esta no se encuentra obligada al no poderse predicar autonomía de la entidad territorial en el ejercicio de dicha función; en este sentido el mencionado reconocimiento estaría a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, quien tendrá la legitimación en la causa por pasiva dentro del presente asunto.

❖ **Municipio de Tunja – Secretaría de Educación: (i) Ilegalidad del petitum, (ii) Cobro de lo no debido.**

Manifiesta el Despacho que las excepciones anteriormente mencionadas no serán resueltas en este estadio procesal, en tanto, para el mismo solo está previsto que el Juez se pronuncie sobre las excepciones taxativamente previstas en el artículo 180 N° 6 del C.P.A.C.A.- *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.- y sobre las previas que se encuentran también taxativamente enlistadas en el artículo 100 del C.G.P., norma aplicable en virtud de la remisión que contempla el artículo 306⁸ del C.P.A.C.A.; de modo que como las excepciones propuestas por las apoderadas de las entidades accionadas para cada uno de los procesos, no se enmarcan dentro de ninguna de las contempladas en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011 y, 100 del C.G.P., esta instancia se abstiene de emitir un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.*

En consecuencia, indica el Despacho que las motivaciones expuestas por las apoderadas, son argumentos de defensa que no constituyen excepciones previas ni de mérito, en la medida que no atacan ni enervan las pretensiones de la parte actora, por lo tanto los mismos serán analizados con el fondo del asunto.

❖ **Municipio de Tunja – Secretaría de Educación: (i) Prescripción.**

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda – subsección “a”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011), Radicación no. 25000 23 25 000 2008 00425 01 (0518-11).

⁸ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Indica el Despacho que teniendo en cuenta que ya se declaró la falta de legitimidad en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Tunja, se indica que esta excepción será resuelta con el fondo del asunto, atendiendo a su naturaleza accesoria respecto de la prosperidad o no de las pretensiones.

❖ **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: (Genérica u Oficiosa)**

❖ **Municipio de Tunja – Secretaría de Educación: (i) Genérica:**

Fuera de las excepciones presentadas con la contestación de la demanda, el Despacho no encuentra excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimaciones en la causa, previstas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

De igual forma, reitera el despacho que no falta ningún requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la parte actora.

Las partes quedan notificadas en estrados.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado del Municipio de Tunja – Secretaría de Educación**, quien manifestó: conforme su señoría.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifiesta: conforme su señoría

Se le concede el uso de la palabra al **Procurador 67 delegado a este Despacho**, quien manifestó: conforme su señoría

4. - FIJACIÓN DEL LITIGIO.

Teniendo en cuenta que ya fue declarada la falta de legitimación en la causa por pasiva incoada por el apoderado del Municipio de Tunja procede el despacho a fijar el litigio de la siguiente manera:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0110-00

Demandante: Lilia Orjuela Muñoz

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Tunja - Secretaría de Educación

Vista la demanda y la contestación encuentra el Despacho que para la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** no existe consenso en los hechos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 y ausencia de consenso en los demás.

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho indaga a las partes acerca de si existe acuerdo sobre otros hechos y demás extremos de la demanda, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 180 del C.P.A.C.A., para lo cual se les concede el uso de la palabra.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifiesta: La parte actora solicita se de continuidad al proceso por cuanto no hay más consenso.

Una vez escuchadas las partes el Despacho procede a fijar el litigio sobre las pretensiones⁹ planteadas en la demanda vistas a folios 2 y 3 del expediente, y los hechos¹⁰ planteados en la demanda vistos a folios 3 y 4 del expediente **salvo** la precisión hecha por el Despacho respecto de la situación fáctica en la que hubo consenso.

Así las cosas los problemas jurídicos a resolver en el presente litigio son los siguientes:

⁹ PRETENSIONES:

PRIMERA: declarar la NULIDAD PARCIALMENTE la Resolución No. 0769 del 17 de julio de 2006, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció la pensión de jubilación a la señora LILIA ORJUELA MUÑOZ, empero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

SEGUNDA: Declarar la NULIDAD TOTAL la Resolución No. 00685 del 30 de abril de 2015, mediante la cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE TUNJA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA Resuelve reconocer y pagar la reliquidación pensional de la demandante de manera parcial, habida cuenta reconoció nuevos tiempos, pero dejó de reconocer la totalidad de factores salariales devengados por la accionante durante el último año de servicios.

TERCERA: Declarar que la accionante tiene derecho a TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL le RELIQUIDE Y PAGUE su pensión de Jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, los percibidos entre el 31 de diciembre de 2006 al 30 de diciembre de 2007.

CUARTA: Condenar AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA a que sobre las diferencias adeudadas a la accionante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes al valor de estas, conforme al IPC sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el día 30 de agosto de 2004 y hasta cuando se pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 o de conformidad con la siguiente fórmula: índice final R= RH índice inicial

QUINTA: Condenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA a que pague a favor de la actora los intereses moratorios, conforme lo establece el inciso 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰ HECHOS Fl. 4 a 5 y 115:

1. La demandante nació el 30 de agosto de 1949 y por haber laborado por más de 20 años, adquirió el status jurídico el día 30 de agosto de 2004.

2. Que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PENSIONES DEL MAGISTERIO – mediante resolución No. 0769 del 17 de julio de 2006 ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del 1º de septiembre de 2004, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en aplicación de las leyes 33 y 62 de 1985.

3. La accionante fue retirada del servicio mediante la Resolución No. 0511 del 27 de diciembre de 2007, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2007.

4. Que mediante derecho de petición, radicado el 28 de enero de 2015, la accionante solicitó a la entidad demandada para que reliquidara su pensión de jubilación teniendo en cuenta que el IBL era percibido en el año inmediatamente anterior a su retiro, con la inclusión de todos y cada uno de los factores devengados durante este lapso, es decir desde el 31 de diciembre de 2006 al 30 de diciembre de 2007.

5. Que la entidad demandada mediante la Resolución No. 00685 del 30 de abril de 2015, dio respuesta a la solicitud de reliquidación, aumenándose el monto pensional, pues cambió el IBL pero no incluyó la totalidad de factores percibidos en el último año de servicios.

6. Que frente a la resolución No. 00685 del 30 de abril de 2015, procedía el recurso de reposición, el cual a la luz del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 no resulta obligatorio.

7. Que la señora LILIA ORJUELA MUÑOZ devengó en el último año de servicios, esto es desde el 31 de diciembre de 2006 al 30 de diciembre de 2007 los siguientes factores: a) Asignación básica, b) Prima de vacaciones y c) Prima de navidad.

¿La parte actora es beneficiaria de las excepciones previstas en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985?

¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

De esta manera queda fijado el litigio.

Las partes quedan notificadas en estrados.

5.- CONCILIACIÓN

Si bien el artículo 180 No. 8º establece que en cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, se advierte que el tema aquí debatido tiene que ver con pensiones, asunto no conciliable¹¹, sin embargo, atendiendo a que pueden conciliar sobre cuestiones accesorias, se le concede el uso de la palabra a las partes para verificar si existe animo conciliatorio y si en el presente caso la entidad accionada se reunió con el comité de conciliación, para lo cual deberá allegar el acta de conciliación emitida por dicho comité.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado del Municipio de Tunja – Secretaría de Educación**, quien manifestó: Atendiendo a que prosperó la excepción propuesta por el Municipio de Tunja no obstante el comité de conciliación se reunió con el comité de conciliación allegó el acta en un folio.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifestó: De acuerdo con lo expresado por la apoderada de la secretaria de educación solicito con todo respeto se continúe con el proceso de conformidad con lo previsto con la ley.

Se le concede el uso de la palabra al **Procurador 67 delegado a este Despacho**, quien manifestó: En atención a la inasistencia por parte del apoderado del Ministerio de

¹¹ Con el fin de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es necesario precisar que son materia de conciliación los derechos que tengan el carácter de "inciertos y discutibles" autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "... cuando los asuntos sean conciliables..."
 "...Cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos señalados en la Ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, ya que es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento están dadas por la Ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público..." (Consejo de Estado Sección Segunda, sub-sección B C.P. Martha Lucía Ramírez de Páez. Rad: 23001-23-31-000-2009-00014-01(0728-09).

educación nacional y en atención a que se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Tunja, solicito se continúe con el trámite de la audiencia.

En atención a lo manifestado por las partes y teniendo en cuenta la inasistencia del apoderado del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Estado, y que esta entidad no se comunicó con las partes antes de iniciar la presente audiencia y así mismo teniendo en cuenta que se declaró la excepción propuesta por el Municipio de Tunja de Falta de Legitimación en la causa por pasiva, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia

Las partes quedan notificadas en estrados.

6.- MEDIDAS CAUTELARES.

Atendiendo a que en la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia se continúa con el decreto de pruebas.

7.- DECRETO DE PRUEBAS

7.1. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE

❖ DOCUMENTALES:

1. Téngase como pruebas con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 13 a 24 del expediente.

7.2. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA

7.2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

❖ DOCUMENTALES:

1. Téngase como pruebas con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 98 a 100 del expediente.

Las partes quedan notificadas en estrados.

8. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Atendiendo a que el asunto sometido a consideración del Juzgado es de puro **derecho**, pues lo debatido es la aplicación de la normatividad relacionada con el Sistema Pensional de los docentes y que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará **aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A.**, para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y el concepto del Ministerio Público y dictar sentencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus **alegatos de conclusión**:

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifiesta: La docente Lilia Orjuela de conformidad con los documentos allegados al expediente, se le liquidó la pensión de jubilación y posteriormente en solicitud a reliquidación se procedió en la misma si tenerle en cuenta algunos factores salariales, ese es el origen de la demanda. Para examinar este caso resalto que la docente docente es beneficiaria del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 y la docente cumplía con los requisitos que permitían la aplicación del régimen pensional de los docentes. (...)

Se solicita al despacho se acceda a las pretensiones de la demanda y se pague a su favor lo no reconocido en la liquidación de su pensión.

(...)

Solicito respetuosamente reconozca lo expuesto en la demanda, por cuanto la omisión de la administración es clara ostensiblemente violatoria de la constitución nacional y que están enunciadas en el libelo.

Se le concede el uso de la palabra al **Procurador 67 delegado a este Despacho**, quien manifestó: En el caso concreto como ya se ha declarado, se pretende la nulidad del acto administrativo mediante se reconoció la pensión a la accionante en la cual no se reconoció todos los factores salariales devengados por la accionante así como la nulidad de la resolución que le reliquida la pensión de jubilación, en la cual no se incluyen todos los factores salariales devengados por la accionante.

(...)

En mi consideración de deben tener en cuenta los factores salariales no reconocidos como prima de vacaciones y prima de navidad tal y como lo solicita la parte demandante. (...)

El representante del Ministerio Público hace un breve recuento de las normas aplicables al caso concreto.

Solicito a la señora juez se de aplicación a la sentencia de unificación, () y se tengan en cuenta los factores reclamados en la demanda.

Así mismo indico que la excepción de prescripción debe ser declarada.

10. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

I. ANTECEDENTES (Resumen de la Demanda y su contestación)

Con el libelo de la demanda **la parte actora** manifiesta que las entidades demandadas en los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 0769 del 17 de julio de 2006 y la No. 00685 del 0 de abril de 2015, al reconocer y reliquidar la pensión de la

demandante sin la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio 31 de diciembre de 2006 al 30 de diciembre de 2007, viola el art. 48 de la constitución Política de 1991, así mismo trasgrede el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – Régimen de transición -- y por consiguiente deja de aplicar la Ley 33 y 62 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1998, para efectos de la liquidación de la Pensión de Jubilación a favor de la señora LILIA ORJUELA MUÑOZ, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

A su turno **la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** solicita respetuosamente, se nieguen las pretensiones de la demanda, o se acceda parcialmente, siempre y cuando los factores que se solicita se tengan en cuenta para determinar el IBL, sea de los efectivamente cotizados y que estén contenidos en el Decreto 1158/1994, pues de lo contrario de perjudicarían las reservas de la entidad y por tanto el erario público, quebrantando el principio de solidaridad y equidad pues, las personas jamás accederán a una pensión deberá vía impuestos incluir el pago del pasivo pensional que cada día crece más, pues el Estado debe responder por los hechos pensionales que se reconozcan por vía judicial.

Pretensiones:

PRIMERA: declarar la NULIDAD PARCIALMENTE la Resolución No. 0769 del 17 de julio de 2006, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció la pensión de Jubilación a la señora LILIA ORJUELA MUÑOZ, empero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

SEGUNDA: Declarar la NULIDAD TOTAL la Resolución No. 00685 del 30 de abril de 2015, mediante la cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE TUNJA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA Resuelve reconocer y pagar la reliquidación pensional de la demandante de manera parcial, habida cuenta reconoció nuevos tiempos, pero dejó de reconocer la totalidad de factores salariales devengados por la accionante durante el último año de servicios.

TERCERA: Declarar que la accionante tiene derecho a TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a que el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL le RELIQUIDE Y PAGUE su pensión de Jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en

el último año de servicios, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, los percibidos entre el 31 de diciembre de 2006 al 30 de diciembre de 2007.

CUARTA: Condenar AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA a que sobre las diferencias adeudadas a la accionante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes al valor de estas, conforme al IPC sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el día 30 de agosto de 2004 y hasta cuando se pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 o de conformidad con la siguiente fórmula: índice final R= RH índice inicial

QUINTA: Condenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA a que pague a favor de la actora los intereses moratorios, conforme lo establece el inciso 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

II. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observe causal que invalide lo actuado, procede el despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

2.1. Problema jurídico

¿La parte actora es beneficiaria de las excepciones previstas en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985?

¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

2.2. Cuestión previa.

2.2.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas en el expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹².

2.3. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos planteados.

Régimen Pensional de los Docentes

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales, dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran: La Ley 6 de 1945 que en principio rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, el cual se aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes.¹³

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en esta se diferenció entre los docentes de carácter Nacional y Nacionalizados, en donde los primeros se identificaron por tener un nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos se definieron como el grupo de " ... *docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con la Ley 43 de 1975*", norma por la cual se nacionaliza la educación.

De acuerdo con la **ley 91 de 1989**, los **docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990** para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional,

¹² Ver el artículo 626

¹³ Ver Sentencia del 17 de febrero de dos mil once (2011), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARIMAS MONSALVE, Radicación número: 4001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10)

como son los **Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978** o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, el cual es el contenido en la **Ley 33 de 1985**, pues esta se encontraba vigente al momento de la expedición de la **Ley 91 de 1989**.

Ahora, la **Ley 60 de 1993**, dispuso en su artículo 6 que:

“... ”

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial ... ”
 (Negrilla Fuera de texto)

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social¹⁴, en consecuencia sus 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.

Finalmente la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“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.”

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**. 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**. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 de 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”.

¹⁴Se 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.

Ahora bien, teniendo claro que el régimen aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985, es preciso indicar que en su artículo 1º, consagra dos excepciones para la aplicación de sus disposiciones. Dichas excepciones son:

La primera excepción hace referencia a las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, o aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

La segunda excepción hace referencia al régimen de transición, según el cual para que sea posible aplicar la normatividad anterior a la Ley 33 y 62 de 1985, para efectos de la liquidación de pensión de jubilación de quienes adquieren su derecho con posterioridad a la vigencia de la misma (13 de febrero de 1985), es necesario que el empleado público o trabajador oficial acredite el cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

- ✓ Haber cumplido 15 años de servicio continuos o discontinuos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, 13 de Febrero de 1985.
- ✓ Haber cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos y encontrarse retirado del servicio a la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 de 1985. Acreditar este requisito implica que la pensión de jubilación se liquide con base en las normas vigentes al momento del retiro del servicio del empleado público o trabajador oficial.
- ✓ Haber cumplido todos los requisitos para obtener la pensión de jubilación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. En este caso el empleado público o trabajador oficial tiene derecho a regirse por las normas anteriores a la referida Ley.

Ahora, cabe preguntarse si los docentes gozan de un régimen especial de pensiones, a lo cual el Despacho responde que No, pues, aunque el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores son empleados oficiales de régimen especial, esta disposición no regula las pensiones de jubilación ordinarias de los docentes; la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales, tales como recibir simultáneamente pensión y sueldo (Art. 5 del Decreto 224 de 1972), gozar de pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), e incluso de pensión gracia y pensión de invalidez. Las prerrogativas antes enunciadas se reiteran mediante las

leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994.

Entonces, **los docentes, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones sino del derecho pensional de régimen general¹⁵, de modo que hay que remitirse a la Ley 33 de 1985**, pues las normas de su especialidad no fijan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general de pensiones.

2.4. Régimen Pensional aplicable al caso concreto

Como ya se indicó en los antecedentes del proceso **la parte actora** manifiesta que las entidades demandadas en los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 0769 del 17 de julio de 2006 y la No. 00685 del 0 de abril de 2015, al reconocer y reliquidar la pensión de la demandante sin la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio 31 de diciembre de 2006 al 30 de diciembre de 2007, viola el art. 48 de la constitución Política de 1991, así mismo trasgrede el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – Régimen de transición – y por consiguiente deja de aplicar la Ley 33 y 62 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1998, para efectos de la liquidación de la Pensión de Jubilación a favor de la señora LILIA ORJUELA MUÑOZ, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

A su turno **la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** solicita respetuosamente, se nieguen las pretensiones de la demanda, o se acceda parcialmente, siempre y cuando los factores que se solicita se tengan en cuenta para determinar el IBL, sea de los efectivamente cotizados y que estén contenidos en el Decreto 1158/1994, pues de lo contrario de perjudicarían las reservas de la entidad y por tanto el erario público, quebrantando el principio de solidaridad y equidad pues, las personas jamás accederán a una pensión deberá vía impuestos incluir el pago del pasivo pensional que cada día crece más, pues el Estado debe responder por los hechos pensionales que se reconozcan por vía judicial.

¹⁵ Ver sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Ahora, de lo allegado al proceso se establece la situación fáctica en el presente caso de la siguiente manera, la señora **LILIA ORJUELA MUÑOZ**.

- ⊕ Nació el 30 de agosto de 1949. (fl. 13)
- ⊕ Laboró desde el 2 de febrero de 1970 al 31 de diciembre de 2007 de forma continua, se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl. 21)
- ⊕ Al 13 de febrero de 1985, fecha en la cual fue publicada la Ley 33 de 1985 en el Diario Oficial N° 36856, la parte actora contabilizaba quince (15) años y once (11) días de servicios.
- ⊕ Adquirió el status jurídico de pensionada el 30 de agosto de 2004.
- ⊕ Prestó sus servicios como docente Nacional. (fls. 16)
- ⊕ Se le reconoció y liquidó su pensión de jubilación mediante Resolución No. 00769 del 17 de julio de 2006, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2004, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado entre el 1 de septiembre de 2003 al 30 de agosto de 2004, teniendo en cuenta para la liquidación únicamente su **asignación básica**. (fls. 16-19)
- ⊕ Se le reliquidó la pensión de jubilación mediante resolución No. 00685 del 30 de abril de 2015, efectiva a partir del 30 de enero de 2012, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado entre el 1 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta como factor de liquidación la asignación básica. (fls. 21-23)
- ⊕ Según Certificado de Factores salariales del año de consolidación del status pensional obrante a folio 20 devengó como factores salariales: **asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad**.

En conclusión tenemos que:

| FACTORES SALARIALES | | | |
|---------------------------------|---------------------|-------------------------------|--|
| Reconocidos por el demandado | | Solicitados por la demandante | Certificado de Factores salariales del último año de servicio (fl. 20) |
| Resolución No. | Factores | | |
| ↗ 0769 del 17 de julio de 2006 | ↗ Asignación Básica | ↗ Prima de Navidad | ↗ Asignación Básica ↗ Prima de Vacaciones ↗ Prima de Navidad |
| ↗ 00685 del 30 de abril de 2015 | | ↗ Prima de vacaciones | |

Para el caso en estudio, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, queda plenamente demostrado que la demandante ostenta la calidad de **Docente Nacional**, prestó sus servicios desde el **02 de febrero de 1970** razón por la cual, su

situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes nacionales, para efectos de prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional y los nacionalizados mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, así no hay duda de que en materia de pensión de jubilación **a la parte actora le es aplicable la Ley 33 de 1985.**

Frente al régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, es del caso concluir que la parte actora no disfrutaba de un régimen especial de pensiones, no obstante su condición de docente oficial.

Sin embargo, la señora **LILIA ORJUELA MUÑOZ** a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985 **-13 de febrero de 1985-**, contaba con **15 años y 11 días de tiempo de servicios**, por tanto, se hallaba dentro de los supuestos fácticos de una de las excepciones consagradas en esa norma, según la cual si la persona contaba con más de quince (15) años de servicios, tendría derecho a que se le aplicaran las normas de pensiones anteriores, en cuanto al requisito de edad, pero no para la liquidación de esta prestación. No obstante, si bien se resalta tal aspecto, lo cierto es que el mismo resulta irrelevante para el estudio de los factores que deben tenerse en cuenta en la reliquidación de la pensión del accionante. Lo anterior, toda vez que ésta, de todas maneras, se hace conforme lo establece la Ley 33 de 1985 ya que **-se reitera-** el haber cumplido 15 años de servicio continuos o discontinuos a la fecha de entrada en vigencia de la misma, **sólo otorga al empleado el beneficio de que se le aplique la normatividad anterior a esta Ley respecto de la edad requerida para pensionarse -asunto que no se discute en el presente litigio-, más no en lo referente a la forma de liquidar la pensión.**

En conclusión, la normatividad aplicable en este caso son las leyes 33 y 62 de 1985, pues se reitera, que:

- ✓ La señora **LILIA ORJUELA MUÑOZ** no es beneficiaria de las excepciones previstas por el artículo 1 de la ley 33 de 1985, **EN CONSECUENCIA LA LEY 33 DE 1985 SE LE APLICA EN SU TOTALIDAD.**

2.5. Factores de Liquidación Pensional

El artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 que establece que "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 cotización sobre la cual realiza aportes el docente"; sin embargo frente a la legalidad del mencionado artículo el H. Consejo de Estado dijo:

"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 constitucional; 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 del 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).**

(...)

El artículo controvertido 3º del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que **se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.**¹⁶ (Negrilla y subraya del Despacho)"

Así mismo, acerca de la posibilidad de ajustar las pensiones de los docentes que fueron causadas y reconocidas durante la vigencia del artículo 3º del decreto reglamentario 3752 de 2003, esto es, el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, la señora Ministra de Educación Nacional realizó consulta al H. Consejo de Estado, la cual se respondió el día diez (10) de agosto del 2011 así:

"El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley.¹⁷"

De lo anteriormente expuesto al Despacho logra colegir que a la accionante no le es aplicable el artículo 3º del Decreto N° 3752 del 22 de diciembre de 2003, pues aunque su pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, esto es el 17

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 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

¹⁷ Consejo De Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Bogotá, d. C., diez (10) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048)

de julio de 2006, su vinculación al servicio educativo estatal fue anterior a dicha ley; así consta en la Resolución N° 00769 de 2006 obrante a folios 16 a 19 en donde se observa que el docente tiene como fecha de vinculación el día dos (02) de febrero de mil novecientos setenta (1970); aunado al hecho de que el mencionado artículo no se encontraba vigente cuando a la docente le fue reconocida su pensión, pues este fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007.

Ahora, respecto de los **factores salariales** que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 llega 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**¹⁸. En tal sentido, después de hacer un estudio de las diferentes posiciones históricas asumidas por dicha Corporación, se concluyó finalmente, que **se deben tener en cuenta todos los factores salariales que recibe el trabajador en forma habitual**, garantizando así los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral; en ese caso tuvo en cuenta factores salariales distintos de los que taxativamente menciona la Ley 62 de 1985. Por tanto, según la posición sostenida por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación a la que se hace mención, ya no pueden ser tenidos en cuenta únicamente los factores que sirvieron de base para calcular los aportes, ni los factores taxativamente señalados en algunas normas, o tan solo aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes, porque existen principios y razones de mayor peso que impiden llegar a esta conclusión, como lo señaló el Consejo de Estado.

Ahora, si bien es cierto que la Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación SU-230 del día 29 de abril de 2015¹⁹ estableció una interpretación sobre la aplicación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, lo cierto es que dicho pronunciamiento no afecta en modo alguno la forma de liquidación de la pensión del caso aquí analizado, pues en ella se hace referencia únicamente al IBL de los regímenes sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100, la cual -como se expuso anteriormente- excluyó de su aplicación en

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Cuatro (4) de agosto de 2010. Radicación No 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), Actor: Luis Mano Velandia.

¹⁹ Referencia: Expediente T- 3.558.256. Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

su artículo 279 a los docentes, razón por la cual -y de conformidad con el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989-, sus prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985.

Por otro lado, también debe anotarse que, revisado el texto de dicha sentencia de unificación, la H. Corte Constitucional nada consideró, ni efectuó ningún pronunciamiento respecto de los factores salariales establecidos en la ley 33 de 1985 y, por tanto, lo cierto es que tal aspecto aún deben seguirse interpretando de acuerdo con los parámetros de la ya citada Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por el H. Consejo de Estado.

Así mismo se indica que en providencia del Consejo Estado del Magistrado Ponente Gerardo arenas Monsalve se indica que no se aplica lo establecido en la Sentencia S.U. - 230 en radicado 25000234200020130154101.

Así las cosas, siguiendo las directrices trazadas por la jurisprudencia, **para liquidar la pensión se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, incluyendo las primas de navidad y vacaciones, a las cuales a pesar de tener la naturaleza de prestaciones sociales, el legislador les dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978²⁰.

De lo anterior se concluye, entonces, que la parte demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios, así, de conformidad con la certificación que obra a folio 20 en el último año de servicios, la accionante percibió como factores salariales los siguientes: **Asignación Básica, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad**; por ende, los mismos deben tenerse en cuenta para reliquidar su pensión. Pues de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión sólo se tuvo en cuenta **la asignación básica**.

²⁰ Ver concepto No 1393 de 18 de julio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C. P. Dr. Flavio Rodríguez Arce.

2.6. De la Prescripción.

Frente a la prescripción de las mesadas pensionales el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres años atrás de la solicitud relevante, en consecuencia las mesadas ocasionadas con anterioridad al veintiocho (28) de enero de dos mil doce (2012)²¹ quedan prescritas. Lo anterior dado que la parte actora formuló y radicó la petición ante la entidad accionada el día veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) (Fl. 85-89).

2.7. Las diferencias a pagar:

De las mesadas pensionales preliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto; a continuación, la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, que son prima de navidad y prima de vacaciones, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago²², en consecuencia queda condicionado a la elaboración por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya protección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo N° 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la parte demandante en términos razonables y de conformidad con los parámetros dados en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado del nueve (09) de abril de 2014, en la que se precisó la manera como deben efectuarse los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordenan, así:

“4.1. Los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, respecto de los cuales -en su momento- no se realizaron cotizaciones.

²¹ Al respecto manifestó la H. Corte Constitucional en Sentencia C-198 del 07 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero: "... dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho"

²² Tesis sostenida en varias oportunidades por el Ho. Consejo de Estado, cuando señala que "... la omisión por parte de la administración en este sentido 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". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de febrero de dos mil doce (2012), radicación número: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11)

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Tuxtla - Secretaría de Educación

En el caso bajo estudio, el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, “reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador”.

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, “procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”.

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que involucra para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que “[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, abondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente.²³

2.8. El ajuste al valor:

La suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, en los términos del Artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13)

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

2.9. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

2.10. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A:

Primero. - Declarar probada la excepción de prescripción de mesadas, frente a los derechos causados con anterioridad al día veintiocho (28) de enero de dos mil doce (2012), de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No 0769 del diecisiete (17) de julio de dos mil seis (2006) y la nulidad de la Resolución No. 00685 del treinta (30) de abril de dos mil quince (2015), expedidas por el Secretario de Educación de Boyacá y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce y reliquida respectivamente el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora **LILIA ORJUELA MUÑOZ**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO **reliquidará la pensión de jubilación** de la señora **LILIA ORJUELA MUÑOZ** conforme a las bases expuestas en la parte motiva de esta providencia, para lo cual se tendrá en cuenta, no sólo la remuneración básica mensual sino también **la Prima de Navidad y la Prima de Vacaciones**, de conformidad con lo indicado a lo largo de este proveído, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007.

Cuarto.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** descontará las sumas canceladas por concepto de pensión de jubilación; así mismo la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, que son **la prima de vacaciones y la prima de navidad**, en consecuencia queda condicionado a la elaboración por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya protección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo N° 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Quinto.- Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Sexto.- Se NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Octavo.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Noveno.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

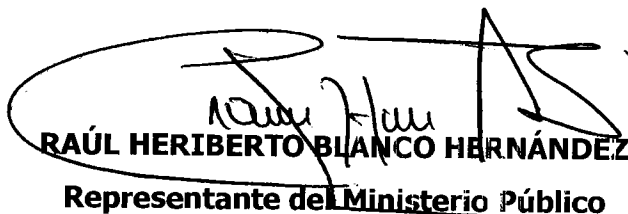
Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con lo previsto en el del C.P.A.C.A

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 11:00 horas, se firma por quienes intervinieron en ella.



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez



RAÚL HERIBERTO BLANCO HERNÁNDEZ
Representante del Ministerio Público

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Revisión de Decretos: N° 75007-33-33-006-2015-0170-00

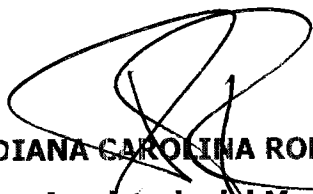
Demandante: Lilia Orjuela Muñoz

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Tunja - Secretaría de Educación



HECTOR JULIO VEGA RINCON

Apoderada de la parte actora



DIANA CAROLINA RODRIGUEZ RAMIREZ

Apoderado del Municipio de Tunja



ANA CAROLINA CELY LÓPEZ

Secretaria AD-HOC