



|      |                        |                     |            |               |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 1 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|

**ACTA 22  
REUNIÓN ORDINARIA  
COMITÉ PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE  
SANTANDER.**

En Bucaramanga, a los veinticinco (25) días del mes de Septiembre de 2012 siendo las cuatro (4:00 p.m.), previa convocatoria, se reunieron en el Despacho de la Secretaria General, el Comité de Conciliación para la Defensa Judicial del Departamento de Santander.

**CONVOCADOS:**

Dr. Reynaldo Jazzneth Viviescas / Delegado del Gobernador.  
Dra. Margarita Escamilla Rojas / Secretaria de Hacienda.  
Dr. Juan Rangel Vesga / Tesorero General del Departamento.  
Dr. Jairo Jaimes Ñañez / Secretario General.  
Dr. Roberto Ardila Cañas / Jefe Oficina Asesora Jurídica.

**INVITADOS:**

Dr. Aquileo Cáceres Chipagra / Jefe Oficina Control Interno.  
Dr. Julio Cesar Villate Jessen / Sec. de Educación.  
Dra. Cindy Katherine Castañeda Galvis / Contratista Oficina Asesora Jurídica.  
Dra. Diana Carvajal / Abogada de la Secretaría de Educación.  
Dra. Gina Marcela Chahín Uribe / Abogada de la Secretaría de Educación.  
Dr. Ricardo Florez Rueda / Sec. de Salud.  
Dra. Nancy Graces Villamizar / Abog. Sec. de Salud.  
Dra. Judith Patricia Esteban Torres / Coordinadora Fondo de Pensiones del Departamento.  
Dr. Daniel E. Rueda / Abogado externo del Fondo de Pensiones del Departamento.

**FECHA:** Septiembre 25 de 2012

**ASUNTO:** Reunión Ordinaria Comité Conciliación  
**Fecha:** Martes veinticinco (25) de Septiembre de 2012  
**Lugar:** Despacho Secretaria General  
**Hora:** 04:00 p.m.

**ORDEN DEL DÍA**

- I. Verificación del quórum.
- II. Aprobación del orden del día.
- III. Elección del presidente.
- IV. Estudio solicitudes de conciliación
- V. Varios.



|      |                        |                    |            |               |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 2 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|

## DESARROLLO DE LA SESION

### I. VERIFICACIÓN DEL QUORUM:

#### ASISTENTES:

Dr. Reynaldo Jazzneth Viviescas/Delegado del Gobernador.  
Dra. Margarita Escamilla Rojas/Secretaria de Hacienda.  
Dr. Juan Rangel Vesga/Tesorero General del Departamento.  
Dr. Jairo Jaimes Ñañez/Secretario General.  
Dr. Roberto Ardila Cañas/Jefe Oficina Asesora Jurídica

#### INVITADOS ASISTENTES

Dr. Aquileo Cáceres Chipagra /Jefe Oficina Control Interno.  
Dr. Julio Cesar Villate Jessen / Sec. de Educación.  
Dra. Cindy Katerine Castañeda Galvis/ Contratista Oficina Asesora Jurídica.  
Dra. Diana Carvajal / Abogada de la Secretaría de Educación.  
Dra. Gina Marcela Chahín Uribe / Abogada de la Secretaría de Educación.  
Dr. Ricardo Florez Rueda /Sec. de Salud.  
Dra. Nancy Graces Villamizar/ Abog. Sec. de Salud.  
Dra. Judith Patricia Esteban Torres / Coordinadora Fondo de Pensiones del Departamento.  
Dr. Daniel E. Rueda / Abogado externo del Fondo de Pensiones del Departamento.  
Dr. Dairo Efrain Castro Florez / Abogado externo de la Secretaría de Salud.

#### AUSENTES:

- Dr. Ricardo Flórez/Sec. de Salud.
- Dr. Julio Cesar Villate Jessen / Sec. de Educación.
- Dra. Nancy Garces Villamizar / Abog. Sec. de Salud.

### II. APROBACION ORDEN DEL DIA.

Se aprueba el orden del día, no sin antes dejar claridad que el caso de MARIA ISABEL PARADA ALMEIDA, requiere un informe médico que aun no ha sido allegado para que se emita concepto.  
En este mismo sentido se informa que se presentaron los siguientes casos posteriores a la convocatoria:

Los casos son los siguientes:

#### A. OFICINA ASESORA JURÍDICA – DEPARTAMENTO DE SANTANDER

1. Incumplimiento contrato de comodato celebrado entre el Departamento de Santander y la Junta de Acción Comunal del Barrio la Victoria de Bucaramanga.
2. Reconsideración del caso de Claudia Patricia Pérez Silva.



|      |                        |                     |            |               |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 3 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|

**B. SECRETARÍA DE SALUD**

1. Solicitud de conciliación del caso de FERNANDO VILLAREAL AMAYA.

**C. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.**

1. Solicitud de conciliación del caso de ODILIA PINZON OSORIO.
2. Solicitud de conciliación del caso de ROSA OMAIRA CIFUENTES.
3. Solicitud de conciliación del caso de ASENCION MEDINA.
4. Solicitud de conciliación del caso de MARGY RODRIGUEZ PARRA
5. Solicitud de conciliación del caso de HELENA ATUESTA NEIRA

Finalmente, se aprueba el orden del día con las adiciones y modificaciones realizadas.

**ELECCION PRESIDENTE**

Por unanimidad, el Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander decide elegir al Dr. Roberto Ardila Cañas, Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Santander, como presidente de la Sesión.

**LOS CASOS A ESTUDIAR SON LOS SIGUIENTES:****SECRETARIA DE SALUD.****1. Solicitud de conciliación del caso de FERNANDO VILLAREAL MAYA.**

Expone el caso EL Dr. Dairo Efraín Castro Flórez, abogado Contratista de la Secretaría de Salud del Departamento.

|                                       |  |
|---------------------------------------|--|
| Oficina gestora                       | Secretaría de Salud Departamental                      |
| Fecha de elaboración de la ficha      | Septiembre 20 de 2012                                  |
| Ente conciliador                      | Procuraduría 215 Judicial I Administrativos de San Gil |
| Convocante                            | FERNANDO VILLAREAL AMAYA                               |
| Apoderado Convocante                  | Dr. ARISTOBULO MENESES RUEDA                           |
| Convocados                            | DEPARTAMENTO DE SANTANDER                              |
| Apoderado Convocado                   | Dr. DAIRO EFRAÍN CASTRO FLOREZ                         |
| Fecha de presentación de la solicitud | Agosto 24 de 2012                                      |
| Fecha de citación o audiencia         | Septiembre 28 de 2012 a las 8:30 a.m.                  |
| Responsable de la ficha               | Dairo Efraín Castro Florez                             |



|      |                        |                     |            |               |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 4 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|

### **IDENTIFICACION DE LOS CONVOCANTES, PRETENSION Y CUANTIA**

Según la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por el apoderado del Convocante, **FERNANDO VILLAREAL AMAYA**, requiere a la entidad convocada para que el Señor Gobernador de Santander reconozca que el Secretario de Salud de Santander se equivocó al negarle a su cliente, el derecho para ser nombrado como Gerente reelecto de la E.S.E. Hospital Regional Manuela Beltrán del Socorro, a partir del 01 de Abril del año 2012, al no ser considerada la violación de norma superior por inconstitucionalidad en relación con la expedición y validez de lo señalado en el artículo 11 del Decreto 357 de 2008v y como consecuencia de lo anterior, enmiende su error, revocando la actuación surtida en relación con la decisión contenida en el oficio de fecha 13 de Abril de 2012 y se proceda a ordenar el nombramiento del convocante como Gerente reelecto de la E.S.E. en mención, así como el correspondiente pago de salarios y demás prestaciones dejadas de cancelar, a partir de la fecha en que debió haberse efectuado el nombramiento para continuar ejerciendo el cargo, estableciendo además, que no hubo solución de continuidad. La cuantía solicitada asciende a la suma de VEINTIUN MILLONES CATORCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$1.493.928=).

### **HECHOS**

El convocante manifiesta que:

1. Que el convocante fue nombrado mediante la Resolución No. 188 del 16 de Enero de 2009, previo concurso de méritos y posesionado el 21 de Enero de 2009 como Gerente de la E.S.E. Hospital Regional Manuela Beltrán del Socorro.
2. Que el día 17 de Enero de 2012, según consta en el Acta No. 001, la Junta Directiva determinó la viabilidad de la reelección del convocante, como Gerente de la mencionada E.S.E., bajo la metodología de cumplimiento de evaluación de indicadores.
3. Que como consecuencia, la Junta Directiva convocó a reunión extraordinaria para el día 25 de Enero de 2012, fecha en la que se procedió a evaluar el plan de gestión en el cual el convocante obtuvo una calificación de 86,56, la cual se interpreta como sobresaliente, tomando la decisión de solicitarle al Señor Gobernador la reelección del Dr Fernando Villareal Amaya como Gerente de la E.S.E. en cuestión, para el período inmediatamente siguiente, en concordancia con lo previsto en el Acuerdo No. 001 del 25 de Febrero de 2012.
4. Que la solicitud de reelección por parte de la Junta Directiva de la E.S.E. en comento, fue radicada en el Despacho de la Gobernación el día 09 de Febrero de 2012, bajo el número 20120016755.
5. Que dado que se trataba de la afectación de un derecho de carácter particular y concreto, mi representado con oficio de fecha 29 de Marzo de 2012 radicó en la Gobernación de Santander, solicitud de nombramiento en el cargo de Gerente de la mencionada Institución



|      |                        |                    |            |               |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 5 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|

Hospitalaria, con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y el cumplimiento de los requisitos previos requeridos según el dicho de la parte convocante.

6. Que con oficio de fecha 13 de Abril de 2012, la Gobernación de Santander a través del Secretario de Salud Departamental, decidió que no era posible el nombramiento por reelección de mi mandante en el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Regional Manuela Beltrán del Socorro, al considerar que el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, el cual reglamenta el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, goza de presunción de legalidad, por no haber perdido su fuerza ejecutoria.

### DE LA ACCION

La acción a precaver es la de nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### CONSIDERACIONES

1. El inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, encuentra una especial reglamentación en lo previsto en el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, el cual establece:

**"Artículo 11. Evaluación para reelección del Director o Gerente.** Los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado **podrán** ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

*Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso.*

(...)" (el resaltado es adicionado por el suscrito).

2. Dicha norma no ha sido anulada, ni suspendida provisionalmente, ni derogada, ni ha perdido su fuerza ejecutoria, razón por la cual goza de la presunción de legalidad que se predica de todos los actos administrativos (artículo 88 de la Ley 1437 de 2011).
3. Así las cosas, **NO es obligatoria** la reelección automática de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, es una potestad de exclusiva competencia del nominador, previa propuesta de la Junta Directiva, tramitada con el lleno de los requisitos legales, vistos en la norma citada.



|      |                        |                     |            |               |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 6 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|---------------|

4. En este orden de ideas, efectivamente en el caso concreto, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Regional Manuela Beltrán del Socorro aprobó la *propuesta* de su reelección, la cual fue oportunamente contestada de parte del Señor Gobernador de Santander, negándola y por consiguiente solicitando dar inicio al proceso de Concurso de Méritos, previsto en el ya mencionado artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, el Decreto 800 de 2008 y la Resolución DAFP No. 165 de 2008.
5. Todo lo anterior, encuentra sustento adicionalmente en lo expresado por parte del Consejo de Estado<sup>1</sup>:

“(…)

1. Tanto el nombramiento en propiedad como la prórroga del período de los directores o gerentes de las Empresas Sociales del Estado, deben estar precedidas de la integración de la terna o la postulación de la Junta Directiva de la entidad, según sea el caso. Sin embargo, en ambos sistemas de designación, como se vio, es indispensable que la declaración de la Junta Directiva se fusione con la voluntad administrativa del Jefe de la entidad territorial para que se configure el acto complejo y tenga un efecto decisorio; situación que en el caso sub-lite no se presentó y no podía la Junta Directiva asumir competencias que por virtud de la Ley corresponden al primer mandatario local.

2. Con todo, por expresa disposición del Legislador avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-957-07, al demandante le es aplicable la primera de las variables contenidas en el parágrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y en esa medida le asistía el derecho a permanecer en el cargo hasta el 31 de marzo de 2008 como en efecto ocurrió.

3. Solamente era dable que el actor permaneciera en el cargo hasta el año 2010, si hubiera mediado un **acto de reelección** con todo el procedimiento que exige la ley, como lo es el adelantamiento del respectivo concurso de méritos, la conformación de la terna y el acto de nombramiento, caso en el cual tendría que ser respetada la permanencia del demandante en la Institución durante el nuevo periodo. No obstante, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que tal procedimiento no se surtió y por lo tanto no es posible pensar en la vulneración de un derecho adquirido a partir de una situación irregular, so pena de quebrantar el derecho de acceso a la función pública en igualdad de oportunidades y desconocer el debido proceso administrativo de las demás personas que aspiran ocupar un cargo de esta naturaleza.

4. Por consiguiente, el primer mandatario municipal se encontraba plenamente autorizado para convocar a un nuevo concurso a fin de proveer en propiedad el cargo de gerente a partir del 1° de abril de 2008,

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Radicación No. 76001-23-31-000-2008-00403-01(0807-10) del 12 de Octubre de 2011.



|      |                        |                    |            |               |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 7 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|

tal como lo ordena la ley. Con ello, hizo efectivo el derecho previsto en el numeral 7° del artículo 40 de la Carta en consonancia con el mandato previsto en el artículo 125 ibídem y no desconoció garantía constitucional ni legal por parte del demandante.

Bajo estas consideraciones, se concluye que la sentencia objeto de recurso debe ser confirmada en tanto que la legalidad de los actos acusados no fue desvirtuada.

(...)"

6. Ahora bien, sin perjuicio de no ser obligatoria para el nominador la relección automática, si es posible que previo concurso de méritos, el convocante acceda al cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Regional Manuela Beltrán del Socorro para el período Institucional que transcurre, como es su pedimento, posibilidad que le otorga la Ley 1122 de 2007, únicamente en el entendido de ocupar el primer lugar en el resultado final del concurso:

**"Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.**

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado **podrán ser reelegidos por una sola vez**, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o **previo concurso de méritos**.

(...)"(el resaltado es adicionado por el suscrito).

Por lo expuesto anteriormente, se recomienda **NO CONCILIAR** en la presente solicitud.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y acoger el concepto del abogado, toda vez que las razones de hecho y de derecho hacen que no sea oportuna, ni jurídicamente viable la solicitud del convocante, teniendo en cuenta que el decreto 357 de 2008, por medio del cual se reglamenta la evaluación y relección de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial, no ha sido anulado, suspendido provisionalmente, derogado, ni ha perdido su fuerza ejecutoria, razón por la cual goza de la presunción de legalidad que se predica de todos los actos administrativos según lo dispuesto en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011.

Además la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad solo puede ser aplicada por vía judicial y no en sede administrativa".

**B. SECRETARIA GENERAL - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**



|      |                        |                    |            |               |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 8 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|

1. Solicitud conciliación del caso de MATILDE ARDILA URIBE.

|  |   |
|--|---|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                                  |   |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>  |   |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b>                   | <b>CUANTIA</b>  |
| JAIRO HERNAN ARCHILA MUÑOZ,<br>Representante de la Señora MATILDE ARDILA URIBE | \$28.335.000  |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>   | PERSONA NATURAL   |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>   | SANTANDER-Fondo de Pensiones Territorial de Santander .       |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>   | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>  | ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO              |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>   | NO OPERA LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b>                                |   |

1. HECHOS RELEVANTES

- La señora MATILDE ARDILA URIBE, se vinculó al servicio del Departamento de Santander en la Escuela Normal Superior de Bucaramanga en el cargo de secretaria a nivel Administrativo Código 54006 a partir del 29 de Enero de 1974 hasta el 31 de Enero de 2004.
- Que mediante apoderado el 06 de Agosto de 2.012, la Señora MATILDE ARDILA URIBE, solicita al Departamento de Santander, se declare y reliquide la PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE JUBILACIÓN.
- Que mediante Resolución 04176 del 21 de Mayo de 2003 se reconoció a favor de la señora MATILDE ARDILA DE URIBE el reconocimiento y pago de la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación por sus servicios prestados al departamento.
- La interesada presentó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, pretensión que fue acogida y resuelta mediante resolución 11969 del 14 de Octubre de 2004, contra la cual no se interpusieron recursos.



|      |                        |                    |            |               |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 9 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|---------------|

- La señora Ardila de Uribe, presentó derecho de petición ante el fondo de pensiones de Santander el 6 de abril de 2011, pidiendo la reliquidación de la pensión de marras, solicitud que no fue respondida en el término legal, razón por la cual la interesada interpuso acción de tutela. Mediante fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Bucaramanga el 10 de mayo de 2011, se tuteló el derecho de petición de la señora ARDILA DE URIBE.
- Mediante resolución 07282 del 17 de mayo de 2011, la Secretaria General del Departamento-Fondo Territorial de Pensiones de Santander, negó la solicitud de reliquidación hecha por la señora MATILDE ARDILA DE URIBE.
- El 23 de Enero de 2012, la señora ARDILA DE URIBE, presenta nuevamente solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación, la cual es resuelta favorablemente mediante la resolución 004429 del 30 de Marzo de 2012, contra la cual no se interpusieron recursos.
- El 8 de Mayo de 2012 la interesada presentó nuevamente ante el FONDO DE PENSIONES TERRITORIAL DE SANTANDER, derecho de petición en el cual solicita que se reliquide su pensión de jubilación. A esta solicitud se dio respuesta negativa el 29 de junio de 2012.

## 2. PRETENSIONES

- Declarar administrativamente responsable al DEPARTAMENTO DE SANTANDER (fondo de pensiones territorial de Santander) a pagar solidariamente los dineros que surjan al llevarse a cabo la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación de MATILDE ARDILA DE URIBE.
- Declarar parcialmente la NULIDAD de la Resolución 004429 de 30 de Marzo de 2012.
- Que se declare que la señora MATILDE ARDILA DE URIBE, tuvo una relación laboral con el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y en consecuencia se incluya la prima técnica como factor salarial para la liquidación de su pensión.
- Que se pague a favor de la señora MATILDE ARDILA DE URIBE, las diferencias que resulten entre las sumas netas reconocidas y pagadas por concepto de su mesada pensional desde que se le reconoció la pensión de jubilación reconociéndole todos los factores salariales incluidos la prima técnica.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 10 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

- Que se pague a favor de la señora MATILDE ARDILA DE URIBE, las indexación de las mesadas pensionales adquiridas por daños materiales que ascienden a la suma de cincuenta S.M.L.M.V (50) esto es VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (28.335.000)

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si el acto administrativo acusado que reliquidó la pensión de la señora en cuestión en el año 2012, debe declararse nulo y en su lugar proceder a reliquidar la pensión vitalicia de jubilación incluyendo la PRIMA TECNICA como factor salarial a tenerse en cuenta.

### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- CAPACIDAD JURIDICA: La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia escrito No 000945 de 29 de Junio de 2012 negándole el derecho a la interesada
  - Copia simple de la resolución No 0804 de 18 de Noviembre de 2003.
  - Copia simple de escrito No 001089 de Julio 13 de 2011 con el cual niegan la prima técnica como factor salarial.
  - Copias simples de certificaciones expedidas a diferentes funcionarios administrativos reconociéndole la prima técnica como factor salarial.
  - Copia simple de la resolución No 11981 de Enero 31 de 2011 del Despacho del Gobernador en el cual reconoce la Prima Técnica de la señora HAYDEE TORRES DE MARTINEZ como factor salarial, para la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación.
  - Copia simple del decreto No 00030 de Marzo 28 de 2011, en el cual el Gobernador reconoce a la señora ARDILA URIBE la homologación y nivelación salarial.
  - Copia simple de la certificación expedida por la Secretaria de Educación de Bucaramanga en donde se incluye la prima técnica a mi representada desde el año 01-01-2003 y hasta 01-01-2004.



|      |                        |                     |           |                |
|------|------------------------|---------------------|-----------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión 2 | Pág. 11 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|-----------|----------------|

- Copia simple de la Resolución No 004429 de 30 de Marzo de 2012, con la cual se reliquida una pensión y no se incluye la prima técnica como factor salarial.

### REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### El régimen de la prima técnica.

La prima técnica, prevista por el Decreto 1661 del 27 de junio de 1991, fue concebida como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados en el desempeño de cargos cuyas funciones demandan la aplicación de conocimientos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad.

También se estableció la prima técnica como un reconocimiento al adecuado desempeño del cargo, cuando el empleado se encontrara en niveles iguales o superiores al 90%, según la correspondiente evaluación (Decreto 2164 de 1991).

De acuerdo con lo anterior, el referido Decreto 1661 de 1991 estableció dos criterios para otorgar la prima técnica, la acreditación de estudios especiales y experiencia altamente calificada o la evaluación de desempeño.

La Corte Constitucional, con motivo del examen de constitucionalidad del Decreto 1661 de 1991, señaló <sup>2</sup> :

“Cabe advertir finalmente, que de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 6º. del decreto materia de examen constitucional, cuando el candidato cumple con los requisitos respectivos, el Jefe del organismo está en la **obligación** de proferir en todo caso, la correspondiente resolución de asignación de prima técnica (...)” (Destacado por la Sala)

Así, el reconocimiento de la prima técnica no constituye una decisión discrecional del jefe de la entidad, sino que, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, se impone su reconocimiento.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado <sup>3</sup> cuando se reúnen los requisitos de ley para el reconocimiento del citado beneficio:

“(…) el jefe del organismo está en la obligación de proferir en todo caso la correspondiente resolución de asignación de prima técnica (...)”

2.....

3.....



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 12 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

El artículo 5 del Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto 1661 de 1991, en materia de reconocimiento de prima técnica por evaluación de desempeño, prescribe :

“ARTICULO 5°. DE LA PRIMA TECNICA POR EVALUACION DEL DESEMPEÑO. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, **administrativo** y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al **noventa por ciento (90%), como mínimo**, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.  
(...)” (Destacado por la Sala)

Posteriormente, se expidió el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997 que, en su artículo 1°. restringió la prima técnica a los empleos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes:

“Artículo 1. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, sólo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público.”.

Con el propósito de respetar los derechos de quienes habían devengado la prima técnica antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997 y no se encontraban comprendidos dentro de los empleos para los que esta disposición previó la prima técnica, la misma normativa estableció un régimen de transición en su artículo 4, cuyo tenor es el que sigue:

“Artículo 4. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.”.

Debe decirse que la lectura de la norma en cita planteó al interior en esta Sección dos posibles interpretaciones, en los siguientes términos:

De acuerdo con la primera de ellas<sup>4</sup>, dicho régimen de transición sólo podía beneficiar a quienes, viniendo del régimen anterior, es decir, del previsto por el Decreto 1661 de 1991, hubieran obtenido el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente

<sup>4</sup> Salvamento del voto del Dr. Jesús María Lemos Bustamante del 9 de octubre de 2003, a la sentencia dictada el 8 de agosto de 2003 en el expediente No.23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No.0426-03, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, actor: Benjamín Antonio Vergara.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 13 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

calificada pero no a quienes la hubieran obtenido por evaluación de desempeño, dado que esta última modalidad, a diferencia de la otra, no tenía carácter permanente y debía ser obtenida año tras año. En consecuencia, sus efectos no podían extenderse a través de un régimen de transición que, como toda regulación de este tipo, busca poner a salvo los derechos adquiridos o las expectativas de derecho frente a cambios de legislación.

### CONCLUSIONES

En atención a las disposiciones legales antes referidas precisaremos lo siguiente:

**Características, finalidades y supuestos.** La prima técnica a partir de la expedición del decreto 1661 de 1991 se ha reconocido con base en los siguientes criterios<sup>i</sup>:

|  |  |
|--|--|
| <p><b>Primer criterio: Fundamento: naturaleza del cargo y/o alta capacitación o experiencia calificada.</b> Finalidad: atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados.<br/><b>Cuando se reconoce con base en este criterio constituye factor salarial - art. 7° dec. 1661 -. <sup>ii</sup></b></p>   | <p><b>Segundo criterio: Fundamento: calificación del desempeño.</b><br/>Finalidad : reconocer el buen desempeño en el cargo - artículo 1° de los decretos 1661 y 2164<sup>iii</sup>.<br/><b>En este caso no constituye factor salarial - art. 7° dec. 1661 -, lo cual implica que su percepción no opera para efectos de la liquidación de prestaciones, pero está comprendida dentro de la noción de salario. <sup>iv</sup></b></p> |
| <p>- <b>Requisitos: 1)</b> acreditar los exigidos para el desempeño del cargo - art. 6° dec. 2164/91<sup>v</sup>. Además que las funciones del cargo demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo - art. 1° dec. 1661/91-.</p> | <p>- <b>Requisitos: 1)</b> acreditar los exigidos para el desempeño del cargo - art. 6° dec. 2164/91. <sup>vi</sup></p>  |
| <p>- <b>2)</b> Acreditar, alternativamente, siempre que excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado: título de estudios de formación avanzada <sup>vii</sup> y experiencia altamente calificada</p>   | <p>- <b>2)</b> Evaluación del desempeño, consistente en obtener un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año</p>  |



| ACTA  | Código:<br>AP-GD-AC-01  | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 14 de 120 |
|---|---|--------------------|------------|----------------|
| <p>en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, constatada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite. El título de formación avanzada puede compensarse por tres años de experiencia - arts. 1° y 2° par. dec. 1661 y 3°, 4° par. dec. 2164/91, mod. por el dec. 3135/99 -</p>   | <p>inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento - art. 5° decreto 2164 -viii.</p> |                    |            |                |
| <p><b>3)</b> De los empleos susceptibles de asignación de prima técnica. "El Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3o. del decreto Ley 1661 de 1991, señalados en el artículo 3° del presente Decreto. - art. 7° dec. 2164/91 -. Ver también parágrafo, artículo 2° dec. 2164. ix</p> | <p>Se aplica la misma norma.</p>  |                    |            |                |
| <p><b>Competencia para su asignación-</b> Será competente para asignarla el jefe del organismo respectivo. - artículo 5° dec. 1661.</p>   | <p>Igual regulación.</p>  |                    |            |                |
| <p>- <b>Permanencia:</b> Desempeñar con carácter permanente el cargo - 1° decreto 1724/97x</p>  | <p>Se sujeta a la misma exigencia.</p>  |                    |            |                |
| <p><b>Disponibilidad-</b> Expedición previa del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal - arts.</p>   | <p>Igual regulación.</p>  |                    |            |                |



| ACTA   | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental:  | Versión: 2 | Pág. 15 de 120  |  |
|--|------------------------|--|------------|---|--|
| 6° parág. dec. 1661 <sup>xi</sup> , 9° parág. dec. 2164/91 y 2° dec. 2174/97.  |                        | <p><b>Prohibiciones-</b> En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una prima técnica - parágrafo art. 3°, decreto 1661 -.</p> | Igual      | <p>- <b>Causales de extinción<sup>xii</sup>.</b> El retiro del funcionario o empleado de la entidad<sup>xiii</sup>.</p> <p>- Imposición de la sanción disciplinaria de suspensión, "(...) caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúe siendo susceptible de asignación de prima técnica" - arts 8 dec. 1661 y 11 dec. 2164/91 -.</p> | <p>- El retiro del funcionario o empleado de la entidad.</p> <p>- Imposición de sanción disciplinaria de suspensión, "... caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúe siendo susceptible de asignación de prima técnica" - art. 11 del dec. 2164/91 -</p> <p>- Cesación de los motivos por los cuales se asignó, es decir, por la comprobación de la baja evaluación del desempeño- par. art. 8° dec. 1661 -.<sup>xiv</sup></p> |
| <p><b>Forma de extinción.</b> "La pérdida de la prima técnica por cesación de los motivos que originaron su otorgamiento será declarada por el Jefe del organismo, mediante resolución motivada, contra la cual no procederá recurso alguno (...)<br/>Parágrafo. La pérdida del disfrute de la prima técnica operará en forma automática, una vez se encuentre en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción, o la respectiva calificación. La pérdida de la prima técnica por cesación de los motivos que originaron su otorgamiento será declarada por el Jefe del organismo, mediante resolución motivada, contra la cual no procederá recurso alguno." - art. 11 dec. 2164/91 -.</p> | Igual                  |  |            |   |  |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 16 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

En el presente caso la pensión fue concedida a la peticionaria según los parámetros fijados en la ley 33 de 1985 modificada por el artículo 1 de la ley 62 de 1985 y teniendo presente que la prima técnica en el caso de marras fue asignada siempre con base en la evaluación de desempeño de conformidad con lo establecido en el Decreto 1661 de 1991, razón por la cual esta no constituye factor salarial y resulta a todas luces contra la ley incluir esta prima como factor salarial que permita reliquidar la pensión ya citada.

### RECOMENDACIONES

Para el caso que nos ocupan se considera pertinente **NO CONCILIAR**, por no reunir los requisitos para que sea incluida la prima técnica como factor salarial respecto de la reliquidación de la pensión de jubilación de la Señora MATILDE ARDILA URIBE, al no configurarse los requisitos del Decreto 2164 de 1991.

Cabe precisar que los conceptos jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismo; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** en razón a que la convocante no reúne los requisitos para que sea incluida la prima técnica como factor salarial respecto de la reliquidación de la pensión de jubilación de la Señora MATILDE ARDILA URIBE, al no configurarse los requisitos del Decreto 2164 de 1991.

Adicionalmente las pretensiones económicas están desbordadas en razón a que no tuvieron en cuenta la prescripción trienal según el decreto 3135 de 1968.

### B. SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

#### 1. Solicitud de conciliación del caso de TEOLINDA BLANCO DE GARCÍA.

Expone el caso la Dra. Diana Patricia Carvajal Fuentes, Abogada contratista de la Secretaría de Educación.

|   |  |
|---|--|
| FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:                |  |
| APODERADO DE LA ENTIDAD:                              | DIANA PATRICIA CARVAJAL FUENTES  |
| NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES: | MIGUEL ANGEL MENDIVELSO MORENO, en Representación del Docente TEOLINDA BLANCO DE GARCIA. |
| CUANTIA   | \$11.501.098   |
| CONFLICTO PRESENTADO CON:                             | PERSONA NATURAL  |
| NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:                       | NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DE                                |



|   |                        |   |            |                |
|---|------------------------|---|------------|----------------|
| ACTA  | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental:   | Versión: 2 | Pág. 17 de 130 |
|   |                        | SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE SANTANDER Y FIDUPREVISORA S.A. |            |                |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                  |                        | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |            |                |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                         |                        | ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |            |                |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                  |                        | NO PROCEDE LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO   |            |                |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b> |                        |   |            |                |

### HECHOS RELEVANTES

#### TEOLINDA BLANCO DE GARCIA

- Mediante Resolución No. 774 del 07 de Junio de 2005 se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación ala docente TEOLINDA BLANCO DE GARCIA identificada con C.C. No. 28.377.151 expedida en San Gil, reconocida a partir del 15 de Enero del 2005.
- Mediante oficio No. 03.0.4.3-189-08 de 24 de Enero del 2008, resuelve y NIEGA la petición invocada por la docente, donde se señala que no es posible la inclusión de la totalidad de los factores salariales "...La ley 1151 de 2007 en su artículo 160 derogó el artículo 3 del decreto 3752 de 2003; estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación.
- Partiendo de los parámetros legales existentes y teniendo en cuenta que usted adquirió el status de pensionado el 15 de Enero del 2005 período en el cual se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 se mantiene inmodificables por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007, no estableció modificación alguna."

### PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la **nulidad** del oficio No.03.0.4.3-189-08 de 24 de Enero del 2008, suscrito por la



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 18 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Coordinadora Regional Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en Santander, donde se resuelve el derecho de petición, por el cual se le NIEGA ordene el reconocimiento, liquidación y pago de la revisión de la pensión de jubilación, por no haberse liquidado con la totalidad de los factores percibidos durante el último año de servicios anterior al status de pensionado.

- Declarar en virtud de la Ley 6ª de 1945, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del Status de Pensionado a la Docente TEOLINDA BLANCO DE GARCIA, es decir desde el 15 de Enero del 2005.
- Se condene a la NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE SANTANDER Y FIDUPREVISORA S.A., a título de restablecimiento del derecho, aumentar el valor de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del Status de Pensionado al Docente TEOLINDA BLANCO DE GARCIA, en virtud de la Ley 6ª de 1945 hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor reconocido.

#### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico es determinar si se declara la nulidad del oficio No.03.0.4.3-189-08 de 24 de Enero del 2008 expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, que da respuesta negativa al derecho de petición invocado por la docente TEOLINDA BLANCO DE GARCIA, cuya pretensión era hacer el reajuste a la pensión vitalicia de jubilación a él reconocida desde el 15 de Enero de 2005, en el sentido que se le incluyeran todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del status pensional.

#### **ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:**

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 19 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia del derecho de petición
  - Copia del oficio No. 03.0.4.3-189-08 de 24 de Enero del 2008, por el cual se NIEGA las pretensiones invocadas en el Derecho de petición.
  - Copia de la Resolución No. 774 del 07 de Junio de 2005 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACION ala Docente TEOLINDA BLANCO DE GARCIA.
  - Copia del envío a las entidades convocadas.

**REFERENTE O PRECEDENTE LEGAL**

**SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL**

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

a) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GO-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 20 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) La interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación,



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 21 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander.

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad..."

#### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

"En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 22 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### CONCLUSIONES

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente por el Decreto 2831 de 2005.

### CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A

### EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.

### CERTIFICA

1. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
2. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 23 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

3. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
4. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
5. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: “en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”
6. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1º de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.
- **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 24 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: *“por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”*



|      |                        |                    |            |                |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 25 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|

**2. Solicitud de conciliación del caso de GENOVEVA REYES DE NIETO.**

Expone el caso la Dra. Diana Patricia Carvajal Fuentes, abogada contratista de la Oficina Jurídica del Departamento.

|  |   |
|--|---|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |   |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | DIANA PATRICIA CARVAJAL FUENTES   |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | MIGUEL ANGEL MENDIVELSO MORENO, en Representación de la Docente GENOVEVA REYES DE NIETO   |
| <b>CUANTIA</b>   | \$19.888.152  |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL   |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE SANTANDER Y FIDUPREVISORA S.A. |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                                      | ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                               | NO PROCEDE LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO   |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b>              |   |

**HECHOS RELEVANTES**

**GENOVEVA REYES DE NIETO**

- Mediante Resolución No. 850 del 29 de Junio del 2005 se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la docente GENOVEVA REYES DE NIETO identificada con C.C. No. 37.805.833 expedida en Bucaramanga, reconocida a partir del 11 de Febrero de 2005.
- Mediante oficio No. 03.0.4.3-190-08 de 24 de enero de 2008, resuelve y NIEGA la petición invocada por la docente, donde se señala que no es posible la inclusión de la totalidad de los factores salariales "...La ley 1151 de 2007 en su artículo 160 derogó el artículo 3 del decreto 3752



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 26 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

de 2003; estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación.

Partiendo de los parámetros legales existentes y teniendo en cuenta que usted adquirió el status de pensionado el 11 de Febrero del 2005 período en el cual se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 se mantiene inmodificables por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007, no estableció modificación alguna.”

### PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la **nulidad** del oficio No. 03.0.4.3-190-08 de 24 de enero de 2008, suscrito por la Coordinadora Regional Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en Santander, donde se resuelve el derecho de petición, por el cual se le NIEGA ordene el reconocimiento y pago de la revisión de la pensión de jubilación, por no haberse liquidado con la totalidad de los factores percibidos durante el último año de servicios anterior al status de pensionado.
- Declarar en virtud de la Ley 6ª de 1945, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del Status de Pensionada a la Docente GENOVEVA REYES DE NIETO.
- Se condene a la NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE SANTANDER Y FIDUPREVISORA S.A., a título de restablecimiento del derecho, aumentar la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del Status de Pensionada a la Docente GENOVEVA REYES DE NIETO, en virtud de la Ley 6ª de 1945.

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico es determinar si se declara la nulidad del oficio expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, que da respuesta negativa al derecho de petición invocado por la docente GENOVEVA REYES DE NIETO, cuya pretensión era hacer el



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 27 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

reajuste a la pensión vitalicia de jubilación a ella reconocida desde 11 de Febrero de 2005, en el sentido, de que se le incluyera todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del status pensional.

#### **ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:**

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia del derecho de petición.
  - Copia de la Resolución No. 850 de 29 de Junio de 2005 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACION a la Docente GENOVEVA REYES DE NIETO.
  - Copia del Oficio No. 03.0.4.3-190-08 de 24 de enero de 2008, por el cual se NIEGA las pretensiones invocadas en el Derecho de petición a la Docente GENOVEVA REYES DE NIETO.
  - Copia del envío a las entidades convocadas.

#### **REFERENTE O PRECEDENTE LEGAL**

#### **SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL**

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

b) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 28 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) La interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 29 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander.

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad..."



|      |                        |                    |            |                |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 30 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|

## **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### **CONCLUSIONES**

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente pro el Decreto 2831 de 2005.

### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

**EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 31 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**CERTIFICA**

7. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
8. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación – Ministerio de Educación Nacional.
9. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
10. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
11. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: “en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 32 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

12. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1º de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

• **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: "por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo"

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política de NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 33 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: *“por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”*

**3. Solicitud de conciliación del caso de JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA.**

Expone el caso la Dra. Diana Patricia Carvajal, abogada contratista de la Secretaría de Educación Departamental.

|  |   |
|--|---|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |   |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | DIANA PATRICIA CARVAJAL FUENTES   |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | MIGUEL ANGEL MENDIVELSO MORENO, en Representación del Docente JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA.  |
| <b>CUANTIA</b>   | \$14.250.685  |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL   |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE SANTANDER Y FIDUPREVISORA S.A. |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                                      | ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                               | NO PROCEDE LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO   |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b>              |   |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 34 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

## HECHOS RELEVANTES

### JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA

- Mediante Resolución No. 339 del 07 de Abril de 2005 se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación al docente JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA identificado con C.C. No. 5.762.824 expedida en Socorro (Santander), reconocida a partir del 03 de Julio de 2004.
- Mediante oficio No. 03.0.4.3-3376-07 de 21 de Diciembre de 2007, resuelve y NIEGA la petición invocada por la docente, donde se señala que no es posible la inclusión de la totalidad de los factores salariales "...La ley 1151 de 2007 en su artículo 160 derogó el artículo 3 del decreto 3752 de 2003; estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación.

Partiendo de los parámetros legales existentes y teniendo en cuenta que usted adquirió el status de pensionado el 03 de Julio de 2004 período en el cual se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 se mantiene inmodificables por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007, no estableció modificación alguna."

## PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la  **nulidad**  del oficio No. 03.0.4.3-3376-07 de 21 de Diciembre de 2007, suscrito por la Coordinadora Regional Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en Santander, donde se resuelve el derecho de petición, por el cual se le NIEGA ordene el reconocimiento, liquidación y pago de la revisión de la pensión de jubilación, por no haberse liquidado con la totalidad de los factores percibidos durante el último año de servicios anterior al status de pensionado.
- Declarar en virtud de la Ley 6ª de 1945, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del Status de Pensionado al Docente JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 35 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

- Se condene a la NACION, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE SANTANDER Y FIDUPREVISORA S.A., a título de restablecimiento del derecho, aumentar el valor de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del Status de Pensionado al Docente JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA, en virtud de la Ley 6ª de 1945 hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor reconocido.

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico es determinar si se declara la nulidad del oficio No. 03.0.4.3-3376-07 del 21 de Diciembre de 2007 expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, que da respuesta negativa al derecho de petición invocado por el docente JORGE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA, cuya pretensión era hacer el reajuste a la pensión vitalicia de jubilación a él reconocida desde el 3 de Julio de 2004, en el sentido, de que se le incluyera todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del status pensional.

### **ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:**

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia del derecho de petición
  - Copia del oficio No. 03.0.4.3-3376-07 de 21 de Diciembre de 2007, por el cual se NIEGA las pretensiones invocadas en el Derecho de petición.
  - Copia de la Resolución No. 339 del 07 de Abril de 2005 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACION al Docente JORGUE ENRIQUE GUEVARA GUEVARA.
  - Copia del envió a las entidades convocadas.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 36 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

## REFERENTE O PRECEDENTE LEGAL

### **SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL**

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

c) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 37 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) La interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 38 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad..."

#### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

"En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005"



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 39 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

### CONCLUSIONES

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente por el Decreto 2831 de 2005.

### CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A

### EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.

### CERTIFICA

13. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
14. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación – Ministerio de Educación Nacional.
15. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 40 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.

16. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
17. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: "en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad"
18. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1° de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

• **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: "por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 41 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorio jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DEISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política de NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

#### **4. Solicitud de conciliación del caso de OSCAR ARIEL MARTINEZ MATEUS.**

Expone el caso la Dra. Diana Patricia Carvajal, abogada contratista de la Secretaria de Educación del Departamento.

### HECHOS RELEVANTES

#### **OSCAR ARIEL MARTINEZ MATEUS**

- Mediante Resolución No. 0729 del 09 de Abril de 2007 se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al docente OSCAR ARIEL MARTINEZ MATEUS con C.C. No. 2.102.621 de Guavata.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 42 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

- Que en la Resolución No. 0729 del 09 de Abril de 2007 solo se tuvieron en cuenta como factores salariales, el promedio de la asignación mensual, equivalente al 75% de la asignación básica mensual devengado en el último año de servicios anterior al status, dejando por fuera las primas recibidas, desconociendo el régimen especial del magisterio en este aspecto.
- Mediante Acto Administrativo 0279 del 23 de Marzo de 2012 se niega ajuste de pensión de jubilación al OSCAR ARIEL MARTINEZ MATEUS, donde se señala que no es posible la inclusión de factores salariales por cuanto "...la pensión de jubilación se causó en vigencia del Decreto 3752/2003, reglamentado por los Dec. 2341/2003 en cuya normatividad se consagra que la base de liquidación de las prestaciones que se causen durante la vigencia y cuyo pago este a cargo de FNPSM será establecida en los términos del Decreto 1158/1994 y 688/2002 (Sueldo, sobre sueldo, horas extras) por lo anterior no procede el ajuste"

### PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende se declare la nulidad Acto Administrativo 0279 del 23 de Marzo de 2012 mediante el cual se resuelve en forma negativa la solicitud presentada por el poderdante OSCAR ARIEL MARTINEZ MATEUS a través de la cual se solicitó el ajuste de la pensión de jubilación mediante la inclusión de factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- Declarar que en virtud de la Ley 6 de 1945, el docente OSCAR ARIEL MARTINEZ MATEUS tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del status pensional es decir desde el 28 de Diciembre del 2006.
- Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, condenar a las entidades accionadas a aumentar el valor de la pensión, teniendo en cuenta los incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, según la petición anterior, en la suma liquidada sobre el 75% de todos los factores salariales devengados y acreditados, desde la fecha en que se adquirió el status de pensionado.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 43 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si el acto administrativo mediante el cual se niega el reconocimiento de revisión o ajuste a la pensión de jubilación debe declararse nulo y en su lugar proceder a realizar la inclusión de los factores salariales devengados por el convocante desde la fecha en que se adquirió el status de pensionado.

### ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia del poder conferido.
  - Copia del acto administrativo No. 0279 del 23 de Marzo del 2012 que negó el reconocimiento del derecho reclamado.
  - Copia de la Resolución No. 729 de fecha 09 de Abril del 2007, por medio del cual se reconoció la pensión de jubilación.

#### • REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### **SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL**

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA.** Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:

Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:

- d) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 44 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 45 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander.

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 46 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad...”

### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### **CONCLUSIONES**

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes del Ministro de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente pro el Decreto 2831 de 2005.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 47 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

**EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**

**CERTIFICA**

1. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, pro normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
2. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación – Ministerio de Educación Nacional.
3. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
4. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
5. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: “en consecuencia, no se identifica jurídicamente el



|      |                        |                    |            |                |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 48 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|

fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”

6. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1º de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitados y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

• **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 49 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN EL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política de no conciliar frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: *“por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”*

#### 5. Solicitud de conciliación del caso de **MARIA FERNANDA REINA PINEDA.**

Expone el caso la Dra. Cindy Katherine Castañeda Galvis, abogada contratista de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento.

|  |   |
|--|---|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |   |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              |   |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | <b>CUANTIA</b>  |
| MARIA FERNANDA REINA PINEDA                                  | \$4.627.786   |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | APODERADO – CRISTIAN CAMILO PINEDA GÓMEZ                    |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | GOBERNACION DE SANTANDER                                    |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998) |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                                      | REPARACION DIRECTA  |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                               | NO PROCEDE  |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b>              |   |

#### HECHOS RELEVANTES

- La señora MARIA FERNANDA REINA PINEDA, labora desde el año 2003 en la Institución Educativa El Rubí, Sede B, Escuela El Litoral, ubicada en la Vereda El Guayacán del Municipio de San Vicente de Chucuri.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 50 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

- Desde su vinculación y hasta el año 2009 le fue cancelado el subsidio establecido por el Decreto 1171 de 2004 (Derogado por el Decreto 521 de 2010), correspondiente al estímulo para docentes y directivos de los establecimientos educativos estatales ubicados en áreas rurales de difícil acceso.
- Que a través de la circular 0035 de Agosto 20 de 2010, la Secretaria de Educación Departamental, requirió a los Alcaldes de los municipios no certificados del departamento, certificación de las sedes de difícil acceso, que reunieran uno de los tres requisitos establecidos por el Decreto 521 de 2010.
- A través de oficio SPI 2010-030-425 de Noviembre 19 de 2010, dirigido a la Secretaria de Educación, el Municipio de San Vicente de Chucuri certificó que la Escuela El Litoral, es una Institución de difícil acceso.
- Que en las Resoluciones No.19168 del 20/12/10, No.21831 del 30/12/11 que adiciona la No.19168, No.60 de 05/01/11, No.11803 del 29/07/11, No.19515 del 27/12/10, No.11759 del 29/07/11, No.11700 del 28/07/11 y No.21511 del 28/12/11, no se incluyó la Escuela El Litoral, como institución rural de difícil acceso, por ende y no se incluyo a MARIA FERNANDA REINA PINEDA, como acreedora de la bonificación.
- Se presentaron tres derechos de petición, de los cuales al único que se le otorgó respuesta fue al presentado el día 25 de Enero de 2012, mediante el cual a través de oficio 00154 del 15 de Marzo de 2012, niegan la inclusión de la escuela El Litoral como establecimiento ubicado en la zona rural de difícil acceso y por ende se niega el reconocimiento y pago de la bonificación.

### PRETENSIONES

- Que se incluya a la Institución educativa El Rubí, Sede B, Escuela EL Litoral, ubicada en la Vereda El Guayacán del Municipio de San Vicente de Chucuri, dentro de las sedes escolares ubicadas en áreas rurales de difícil acceso del Departamento de Santander para los años escolares 2010y 2011.
- Que como consecuencia de lo anterior se reconozca y pague a mi mandante la bonificación establecida en el artículo 5 del Decreto 521 de 2010 frente a los años 2010 y 2011, sumas debidamente indexadas a la fecha en que se produzca el pago.
- Si no se efectúa el pago en forma oportuna, se liquiden y paguen los intereses comerciales y moratorios vigentes a la fecha en que se produzca la mora.

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si la señora MARIA FERNANDA REINA GÓMEZ, tiene o no derecho a la bonificación señalada



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 51 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

en el Decreto 521 de 2010, teniendo en cuenta que labora en una institución rural de difícil acceso, pero que no fue mencionada en el acto administrativo expedido por el Gobernador de Santander

#### **ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:**

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder sin reconocimiento de firma
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Fotocopias de los desprendibles de pago de la señora MARIA FERNANDA REINA GÓMEZ.
  - Fotocopias de la certificación expedida por la directora del Centro Educativo El Rubí del Municipio de San Vicente de Chucuri.
  - Fotocopia de los oficios y certificaciones expedidos por la Secretaria de Planeación e Infraestructura de San Vicente de Chucuri
  - Fotocopias de las Resoluciones anteriormente mencionadas, expedidas por el Gobernador de Santander.

Luego de haber analizado el material probatorio aportado por la parte convocante, y el oficio recibido de la Coordinadora de Planeamiento Educativo de la Gobernación de Santander de fecha Septiembre 17 de 2012, no se encuentra razón suficiente, para que no se hubiere incluido la Escuela El Litoral ubicada en la Vereda El Guayacán dentro de las adiciones que le realizaron a la Resolución No. 19168 de Diciembre 20 de 2010, más aún, cuando ya estaba incluida en los años anteriores y las condiciones se mantenían vigentes.

#### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

En mi concepto la posición que se debe asumir es la de conciliar, toda vez que a la señora MARIA FERNANDA REINA PINEDA, a la vista le asiste el derecho a recibir la bonificación señalado en el Decreto 521 de 2010, puesto que la institución donde labora es certificada de difícil acceso por la entidad competente, a demás si desde años anteriores se le estaba reconociendo y las condiciones no han cambiado.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 52 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Por lo anterior, se debe realizar una adición a la resolución que por medio de la cual se determinan los establecimientos educativos de los municipios no certificados del Departamento de Santander ubicados en áreas rurales de difícil acceso para el año escolar 2010.

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** por las siguientes razones:

- ✓ El municipio certifico, pero omitió la certificación de la Institución Educativa el Rubí. Sede B, escuela el litoral, no la incluyo en la certificación y la hizo extemporánea, por cuanto no habría lugar a reconocer el derecho invocado.
- ✓ Según la circular 0035 de 2010, el municipio no certifico dentro de los términos a la sede institución educativa el Rubí, Sede B, escuela el litoral,
- ✓ Si bien es cierto todo lo que tenga que ver con vigencias anteriores requiere de la aprobación del Ministerio de Educación Nacional. en razón a que ellos hacen el pago por sentencias y no por conciliaciones, en consecuencia, se debe vincular al Ministerio de Educación Nacional, por ser quienes autorizan el pago a través del Sistema General de Participaciones.
- ✓ En el caso objeto de estudio se presenta indebida escogencia de la acción, la correcta sería de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y no de Reparación Directa como lo hace el apoderado de la convocante.
- ✓ Atendiendo a que la acción correcta es la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para tal efecto ya operó la caducidad de la acción.

**6. Solicitud de conciliación del caso de AMPARO ENITH REYES SILVA.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe, abogada Contratista de la Secretaría de Educación Departamental.

|  |                           |
|--|---------------------------|
| FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN: |                           |
| APODERADO DE LA ENTIDAD:               | GINA MARCELA CHAHIN URIBE |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 53 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

| NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES: | CUANTIA   |
|---|---|
| AMPARO ENITH PEREZ SILVA                              | \$12.300.000.00   |
| CONFLICTO PRESENTADO CON:                             | PERSONA NATURAL   |
| NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:                       | DEPARTAMENTO DE SANTANDER,<br>SECRETARIA DE EDUCACION<br>DEPARTAMENTAL. |
| AUTORIDAD CONCILIADORA:                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80<br>Ley 446 de 1998)          |
| ACCIÓN JUDICIAL:                                      | ACCION DE NULIDAD Y<br>RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                     |
| CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:                               | 4 meses   |
| SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:              |   |

#### HECHOS RELEVANTES

- La señora AMPARO ENITH PEREZ SILVA laboró como docente al servicio de la administración Departamental, durante el periodo comprendido entre Febrero 01 de 1985 a Noviembre 30 de 1988, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios.
- Mediante oficio No. 0.3.0.0.0-102741 del 02 de Agosto de 2012 se niega el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el Departamento y la docente AMPARO ENITH PEREZ SILVA, donde se señala que no existe una relación laboral, sino una relación contractual por cuanto "... se dio dentro de los parámetros establecidos en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 o la Ley de contratación estatal, en la cual se estipuló inequívocamente el carácter de la relación, la duración temporal y LOS HONORARIOS A RECONOCER".

#### PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende se declare la nulidad del oficio No. 0.3.0.0.0-102741 del 02 de Agosto de 2012 suscrito por el Secretario de Educación Departamental, mediante el cual el Departamento niega la existencia de la relación laboral de hecho sin solución de continuidad y con retroactividad.
- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se concilie con la entidad citada a pagar a favor de mi mandante las diferencias que resulten entre las sumas netas reconocidas y las que fueron pagadas (por concepto de



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 54 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

honorarios en la prestación del servicio desde el inicio de las labores) y lo establecido legalmente por salarios a un educador oficial de igual categoría o condición en el escalafón nacional docente.

- Declarar que todo el tiempo servido por mi mandante en su calidad de educador tiene efectos legales para la liquidación de cesantías y demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar, para el reconocimiento de la pensión, para ascensos de escalafón Nacional Docente y para ser considerado como mérito con puntaje en el concurso de ingreso a cargos docentes y directivos de planta.
- Que la entidad citada pague a favor de mi mandante de conformidad con el último salario devengados, las cesantías laborales, prima de navidad, vacaciones remuneradas, auxilio de transporte, prima de alimentación, dotación de calzado y vestido, subsidio familiar y demás prestaciones, indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y subsidios a que tenga derecho o que se hayan causado conforme a las normas legales vigentes, todo ello en igualdad de condiciones a como se encuentre legalmente establecido para un educador oficial con igual categoría o condición en el escalafón nacional docente a la acreditada por mi mandante.
- Que se reconozca a mi mandante la reserva pensional a que tiene derecho y las sumas de dinero que este último cancelo por concepto de cotización al Sistema General de Seguridad Social, en la cuota parte o porcentaje que le correspondía pagar al demandado en su condición de parte nominadora o patronal.
- Que la entidad citada pague a mi mandante los salarios dejados de cancelar durante el tiempo que esta no los pago sin disolver el vínculo laboral o establecer solución de continuidad al vínculo establecido.
- Que la entidad citada pague a mi mandante a título de seguridad social lo demás derechos económicos laborales e indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, hasta el día en que se produzca sentencia ejecutoriada; primeramente como parte del contrato de trabajo a termino indefinido, el cual es el contrato realidad y de manera subsidiaria, como parte de un contrato de trabajo a termino fijo.

#### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico consiste en determinar si el acto administrativo mediante el cual se niega el reconocimiento de la existencia de la relación laboral debe declararse nulo y en su lugar proceder a reconocer la existencia de la relación laboral.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 55 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

### **ANÁLISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:**

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia del oficio No. 0.3.0.0.0-102741 del 02 de Agosto de 2012.
  - Certificación de prestación de servicio de 1985 a 1988.
  - Certificación de pago de fecha Abril 12 de 2012
  - Copia del derecho de petición presentado el día 01 de Junio de 2012.
- **MARCO LEGAL**

El Departamento de Santander al momento de la suscripción de los contratos de prestación de servicios actúo bajo los parámetros establecidos por el artículo 32 numeral 3° de la Ley 80 de 1993 en la cual se estipuló inequívocamente el carácter de la relación, la duración temporal y LOS HONORARIOS A RECONOCER, el hecho que en el caso de la ejecución de los CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS se den algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos no puede llevar a la conclusión que por ello se encubre una RELACIÓN LABORAL ADMINISTRATIVA.

En cuanto a las OBLIGACIONES LABORALES y PRESTACIONALES reclamadas, estas se darían en relación con el reconocimiento de la existencia de vinculación laboral y no la contractual. En este sentido conviene advertir que estábamos frente a un contrato de prestación de servicios y se obró conforme a él, pues de no existir el cargo dentro de la planta de la Secretaría de Educación no era posible proveerlo.

Y en el mismo sentido se pronunció el Honorable Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicado IJ-0039 de noviembre 18 de 2003, M.O. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda así:

“Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir **“el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 56 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal" (sent C-555/94).**

Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se de la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias **adsustantiam** para que se adquiriera la condición de **empleado público**".

El artículo 345 de la Constitución Nacional determina de manera categórica que no puede efectuarse pago alguno que no esté contemplado en el presupuesto para cada vigencia, precepto que consagra el principio de la legalidad del gasto público, como lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos como la Sentencia C-073 de 1993, principio desarrollado por la ley de presupuesto y a nivel seccional por las Ordenanzas de Presupuesto Departamental cuando precisan que:

"...Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal previo que garantice la existencia de apropiación suficiente para atender los gastos..."

En rigor, sobre el caso particular de los docentes, la honorable Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en sentencias como la C - 555 de Diciembre de 1994, la C - 154 de Marzo de 1997 y la C - 045 de Febrero de 1998. En todo caso, la Corte ha sido enfática en sostener que corresponderá a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa resolver los conflictos que sobre el particular se presenten, es decir la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

- **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS QUE SE TRATEN DE ORDENES DE PRESTACION DE SERVICIOS - CONTRATOS REALIDAD U HORAS CATEDRA DE DOCENTES BAJO EL SIGUIENTE CONCEPTO:**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 57 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

*En relación a la petición de ordenar el reconocimiento y pago de los derechos reclamados se hace necesario precisar que es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.*

Dicha tesis fue adoptada por la Sección Segunda mediante sentencia de 19 de febrero de 2009, Exp. No. 2005-3074, con el siguiente tenor literal:

“Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

La sentencia del Consejo de Estado (sección segunda, sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 19 de febrero de 2009, M.P Bertha Lucía Ramírez de Páez que dice: “... Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella...”

Esta tesis se mantiene según sentencia del 29 de abril de 2010, expediente No. 4729-01 M.P: Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez. Cfr.: “...La sentencia que reconoce la relación laboral tiene carácter constitutivo, por lo que es a partir de ella que nacen a la vida las prestaciones correspondientes, de esta manera es imposible que se presente mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones, cuando ni siquiera existían”.

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para el casos que nos ocupa no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 58 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que se traten de ordenes de prestación de servicios - contratos realidad u horas catedra de docentes bajo el siguiente concepto: *en relación a la petición de ordenar el reconocimiento y pago de los derechos reclamados se hace necesario precisar que es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.*

Dicha tesis fue adoptada por la sección segunda mediante sentencia de 19 de febrero de 2009, exp. no. 2005-3074, con el siguiente tenor literal:

“se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

la sentencia del consejo de estado (sección segunda, sala de lo contencioso administrativo, sentencia 19 de febrero de 2009, m.p bertha lucía ramírez de páez que dice: “... es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella...”

esta tesis se mantiene según sentencia del 29 de abril de 2010, expediente no. 4729-01 m.p: doctora bertha lucía ramírez de páez. cfr.: “...la sentencia que reconoce la relación laboral tiene carácter constitutivo, por lo que es a partir de ella que nacen a la vida las prestaciones correspondientes, de esta manera es imposible que se presente mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones, cuando ni siquiera existe.

**7. Solicitud de conciliación del caso de MARIA HELENA MALAGON FINO.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe, abogada de la Secretaría de Educación Departamental.

|  |   |
|--|---|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |   |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | GINA MARCELA CHAHIN URIBE   |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | CUANTIA   |
| MARIA HELENA MALAGON FINO                                    | \$12.761.952  |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL   |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION MINSITERIO DE EDUCACION NACIONAL – SECRETARIA DE EDUCACION |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 59 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

|   |  |
|---|--|
|   | DEPARTAMENTAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                  | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)                                |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                         | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO   |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                  | NO OPERA LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO                              |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b> |  |

## 1. HECHOS RELEVANTES

### MARIA HELENA MALAGON FINO

- Mediante Resolución No.711 de Abril 09 de 2007, proferida por la Secretaria de Educacion Departamental-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina de prestaciones sociales regional Santander, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la docente MARIA HELENA MALAGON FINO.
- A través de derecho de petición la docente solicito el ajuste de la pensión mediante inclusión de factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que según el convocante no ha sido resuelta ya que la entidad accionada se abstiene de corregir el error en la referenciada resolución.

## 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la nulidad del oficio numero 03.0.4.3-771-09 de fecha 01 de Abril de 2009 suscrito por la Coordinadora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander.
- Declara la convocante que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuya liquidación se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del status pensional.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 60 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si los actos administrativos acusados al generar una respuesta negativa deben declararse nulos y en su lugar proceder a realizar la inclusión de los factores salariales solicitados por la convocante anteriores al cumplimiento del status pensional.

### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- CAPACIDAD JURIDICA: La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se la persona que interviene en el trámite conciliatorio está legitimada o cuenta con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente
- Dentro de la convocatoria no se adjunta copia del poder
- Las pruebas que pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante se refiere a:
  - Copia a mi conferido
  - Copia del derecho de petición.
  - Copia del acto administrativo que negó el reconocimiento del derecho reclamado.
  - Copia de la Resolución No. 711 de fecha 09 de Abril de 2007 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación.
  - Copia del envío a las entidades convocadas.

#### • REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL

Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:

Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 61 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

a) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 62 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander, además de

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 63 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial “.... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad...”

### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### **CONCLUSIONES**

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 64 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente por el Decreto 2831 de 2005.

## **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

### **EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**

#### **CERTIFICA**

1. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, pro normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
2. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación - Ministerio de Educación Nacional.
3. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
4. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 65 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.

5. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: “en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”
6. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1° de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

• **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 66 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

**8. Solicitud de conciliación del caso de ILBA DOLORES HOLGUIN DE RODRIGUEZ.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe, abogada de la Secretaría de Educación Departamental.

|  |  |
|--|--|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |  |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | GINA MARCELA CHAHIN URIBE  |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | <b>CUANTIA</b>   |
| ILBA DOLORES HOLGUIN DE RODRIGUEZ                            | \$13.397.607   |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL  |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION MINSITERIO DE EDUCACION NACIONAL – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMETNAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GO-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 67 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

|   |   |
|---|---|
|   | FIDUPREVISORA S.A   |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                  | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                         | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                        |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                  | NO OPERA LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b> |   |

### 1. HECHOS RELEVANTES

#### ILBA DOLORES HOLGUIN DE RODRIGUEZ

- Mediante Resolución No.1664 de Octubre 19 de 2006, proferida por la Secretaria de Educacion Departamentla-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina de prestaciones sociales regional Santander, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la docente ILBA DOLORES HOLGUIN DE RODRIGUEZ.
- A través de derecho de petición la docente solicito el ajuste de la pensión mediante inclusión de factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que según el convocante no ha sido resuelta ya que la entidad accionada se abstiene de corregir el yerro en la referenciada resolución.

### 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la nulidad del oficio numero 03.0.4.3-1532-08 de fecha 24 de Abril de 2008 suscrito por la Coordinadora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander.
- Declara la convocante que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuya liquidación se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del status pensional.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si los actos administrativos acusados al generar una respuesta negativa deben declararse nulos y en



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 68 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

su lugar proceder a realizar la inclusión de los factores salariales solicitados por la convocante anteriores al cumplimiento del status pensional.

#### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- CAPACIDAD JURIDICA: La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se la persona que interviene en el trámite conciliatorio está legitimada o cuenta con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente
- Dentro de la convocatoria no se adjunta copia del poder
- Las pruebas que pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante se refiere a:
  - Copia a mi conferido
  - Copia del derecho de petición.
  - Copia del acto administrativo que negó el reconocimiento del derecho reclamado.
  - Copia de la Resolución No. 1664 de fecha 19 de Octubre de 2006 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación.
  - Copia del envío a las entidades convocadas.

#### • REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### **SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL**

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

b) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 69 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 70 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander, además de

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 71 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad...”

### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### **CONCLUSIONES**

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente por el Decreto 2831 de 2005.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 72 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

**EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**

**CERTIFICA**

7. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, pro normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
8. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación - Ministerio de Educación Nacional.
9. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
10. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
11. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: "en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 73 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”

12. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1° de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

- **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 74 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: "por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo"

**9. Solicitud de conciliación del caso de LUCY STELLA PEÑA DE HIGUERA.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe. Abogada CONTRATISTA D ELA Secretaría de Educación.

|  |  |
|--|--|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |  |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | GINA MARCELA CHAHIN URIBE  |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | <b>CUANTIA</b>   |
| LUCY STELLA PEÑA DE HIGUERA                                  | \$10.166.037   |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL  |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION MINSITERIO DE EDUCACION NACIONAL – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMETNAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)  |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 75 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

|   |  |
|---|--|
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                         | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>                        |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                  | <b>NO OPERA LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO</b> |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b> |  |

### 1. HECHOS RELEVANTES

#### LUCY STELLA PEÑA DE HIGUERA

- Mediante Resolución No.1415 de Diciembre 14 de 2007, proferida por la Secretaria de Educacion Departamentla-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina de prestaciones sociales regional Santander, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la docente LUCY STELLA PEÑA DE HIGUERA.
- A través de derecho de petición la docente solicito el ajuste de la pensión mediante inclusión de factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que según el convocante no ha sido resuelta ya que la entidad accionada se abstiene de corregir el yerro en la referenciada resolución.

### 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la nulidad del oficio numero 03.0.4.3-1531-08 de fecha 24 de Abril de 2008 suscrito por la Coordinadora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander.
- Declara la convocante que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuya liquidación se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del status pensional.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si los actos administrativos acusados al generar una respuesta negativa deben declararse nulos y en su lugar proceder a realizar la inclusión de los factores salariales solicitados por la convocante anteriores al cumplimiento del status pensional.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 76 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

#### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se la persona que interviene en el trámite conciliatorio está legitimada o cuenta con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente
- Dentro de la convocatoria no se adjunta copia del poder
- Las pruebas que pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante se refiere a:
  - Copia a mi conferido
  - Copia del derecho de petición.
  - Copia del acto administrativo que negó el reconocimiento del derecho reclamado.
  - Copia de la Resolución No. 1415 de fecha 14 de Diciembre de 2007 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación.
  - Copia del envío a las entidades convocadas.

#### • REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

c) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 77 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 78 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander, además de

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad..."



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 79 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

**CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

**CONCLUSIONES**

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente pro el Decreto 2831 de 2005.

**CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

**EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 80 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

## CERTIFICA

1. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, pro normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
2. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación - Ministerio de Educación Nacional.
3. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
4. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
5. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: "en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 81 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”

6. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1º de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

- **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 82 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

**10. Solicitud de conciliación del caso de MARGARITA RODRIGUEZ ARIZA, ROSA OMAIRA CIFUENTES Y ASENCION MEDINA.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe, quien manifiesta que las solicitudes de conciliación de MARGARITA RODRIGUEZ ARIZA, ROSA OMAIRA CIFUENTES Y ASENCION MEDINA ya fueron estudiadas y que se realiza nuevamente las solicitudes por los mismos hechos. La Decisión del comité sobre estos casos esta contenida en el acta No. 20 del 11 de septiembre de 2012.

**11. Solicitud de conciliación del caso de LIGIA PATIÑO DE JIMENEZ.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe, abogada de la Secretaría de Educación Departamental.

|  |  |
|--|--|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |  |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | GINA MARCELA CHAHIN URIBE  |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | CUANTIA  |
| LIGIA PATIÑO DE JIMENEZ                                      | \$18.516.454,18  |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL  |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION MINSITERIO DE EDUCACION NACIONAL – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMETNAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 83 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

|   |   |
|---|---|
|   | SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A                   |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                  | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                         | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                        |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                  | NO OPERA LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b> |   |

### 1. HECHOS RELEVANTES

#### LIGIA PATIÑO DE JIMENEZ

- Mediante Resolución No.0346 de Marzo 09 de 2006, proferida por la Secretaria de Educacion Departamentla-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina de prestaciones sociales regional Santander, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la docente LIGIA PATIÑO DE JIMENEZ.
- Mediante Resolución No.0145 de Febrero 07 de 2012, proferida por la Secretaria de Educacion Departamentla-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina de prestaciones sociales regional Santander, se niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la docente LIGIA PATIÑO DE JIMENEZ.

### 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la nulidad de la Resolución No. 0145 del 7 de Febrero de 2012 suscrito por la Coordinadora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander.
- Declara la convocante que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuya liquidación se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del status pensional.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si los actos administrativos acusados al generar una respuesta negativa deben declararse nulos y en su lugar proceder a realizar la inclusión de los factores salariales



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 84 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

solicitados por la convocante anteriores al cumplimiento del status pensional.

#### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- **CAPACIDAD JURIDICA:** La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se la persona que interviene en el trámite conciliatorio está legitimada o cuenta con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente
- Dentro de la convocatoria no se adjunta copia del poder
- Las pruebas que pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante se refiere a:
  - Copia autentica de la Resolución No. 0346 del 9 de Marzo de 2006
  - Original de la Resolución No. 0145 del 7 de Febrero de 2012.
  - Original de los Certificados de tiempos de servicio y factores de salario del último año al cumplimiento del status jurídico de pensionada de la señora LIGIA PATIÑO DE JIMENEZ.

#### • REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

d) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los



|      |                       |                     |            |                |
|------|-----------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 85 de 120 |
|------|-----------------------|---------------------|------------|----------------|

ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 86 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander, además de

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad..."



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 87 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

## **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### **CONCLUSIONES**

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente por el Decreto 2831 de 2005.



|      |                        |                    |            |                |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 88 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|

**CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

**EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**

**CERTIFICA**

1. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, pro normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**
2. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación - Ministerio de Educación Nacional.
3. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
4. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
5. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: "en consecuencia, no



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 89 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad”

6. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1º de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

- **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GO-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 90 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: "por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo"

**12. Solicitud de conciliación del caso de ODILIA PINZON OSORIO.**

Expone el caso la Dra. Gina Marcela Chahín Uribe abogada Contratista de la Secretaría de Educación del Departamento.

|  |  |
|--|--|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |  |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | GINA MARCELA CHAHIN URIBE  |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | <b>CUANTIA</b>   |
| ODILIA PINZON OSORIO   | \$21.275.572   |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL  |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION MINSITERIO DE EDUCACION NACIONAL – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMETNAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)  |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                                      | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO   |



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 91 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

|   |   |
|---|---|
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                  | NO OPERA LA CADUCIDAD POR SER PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b> |   |

### 1. HECHOS RELEVANTES

#### ODILIA PINZON OSORIO

- Mediante Resolución No.869 de fecha Junio 29 de 2005, proferida por la Secretaria de Educacion Departamental-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina de prestaciones sociales regional Santander, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la docente ODILIA PINZON OSORIO.
- A través de derecho de petición la docente solicito el ajuste de la pensión mediante inclusión de factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que según el convocante no ha sido resuelta ya que la entidad accionada se abstiene de corregir el yerro en la referenciada resolución.

### 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende la nulidad del oficio numero 03.0.4.3-3096-07 de fecha 30 de Diciembre de 2007 suscrito por la Coordinadora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander.
- Declara la convocante que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuya liquidación se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados a partir de la acreditación del status pensional.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si los actos administrativos acusados al generar una respuesta negativa deben declararse nulos y en su lugar proceder a realizar la inclusión de los factores salariales solicitados por la convocante anteriores al cumplimiento del status pensional.

### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- CAPACIDAD JURIDICA: La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar se la persona que interviene en



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 92 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

el trámite conciliatorio está legitimada o cuenta con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente

- Dentro de la convocatoria no se adjunta copia del poder
- Las pruebas que pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante se refiere a:
  - Copia a mi conferido
  - Copia del derecho de petición.
  - Copia del acto administrativo que negó el reconocimiento del derecho reclamado.
  - Copia de la Resolución No. 869 de fecha 29 de Junio de 2005 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación.
  - Copia del envío a las entidades convocadas.

• **REFERENTE O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

**SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE UNIFICO DE CRITERIO FRENTE A LA INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EN MATERIA PENSIONAL**

**Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento, que corresponde a Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve se señala:**

**Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:**

e) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 93 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 94 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sentencia que ya fue acogida por los Juzgados Administrativos y Tribunal Administrativo de Santander, además de

De otra parte y en aras de dar cumplimiento a la normatividad jurídica preexistente me permito transcribir el artículo 114 de la Ley 1395 en el cual se señala "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores afiliados..., para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

- Se hace imposible verificar por parte de esta secretaria si existe referente o precedente jurisprudencial relacionando las sentencias favorables o en contra de la entidad relacionada con los hechos de la solicitud de conciliación, toda vez que quien asume la defensa judicial del Departamento es la oficina jurídica. Por tanto y acorde con la guía de estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial "... Las oficinas jurídicas o dependencias que hagan sus veces, deben diseñar e implementar un banco de fallos y de precedentes jurisprudenciales temáticos que contemple el acopio de las diferentes providencias favorables o condenatorias contra la entidad y los respectivos documentos o estudios jurídicos que analicen los fallos agrupados por temas de mayor conflictividad de la entidad..."

#### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Analizados los antecedentes administrativos y legales, los miembros del Comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional adoptaron la



|      |                        |                    |            |                |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 95 de 130 |
|------|------------------------|--------------------|------------|----------------|

decisión de actualizar la Política General de Conciliación Extrajudicial, para la participación de sus apoderados en las audiencias de Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales a que éste convocado, del siguiente tenor:

“En las audiencias de conciliación prejudicial y judicial a que se convoque por litigios en los que se debate reconocimiento y pago de prestaciones sociales e igualmente prestación de servicios de salud a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se deberá llamar en garantía a la entidad territorial que expidió el acto administrativo objeto de la litis o la que deba por competencia efectuar reconocimiento de prestaciones y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como titular y vocera del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION y dicha entidad como consta en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, para que sean estas las entidades que coordinadamente estudien y viabilicen o no la conciliación respecto de las pretensiones del demandado o solicitante en cada caso de conformidad con el art. 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el decreto 2831 de 2005”

### CONCLUSIONES

- Dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, este Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que fue trasladada a los Departamentos, Distritos y los Municipios certificados, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los Gobernadores y Alcaldes respectivos.
- Las funciones que ejercían los Representantes de la Ministra de Educación Nacional ante las entidades territoriales en relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61, se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 (artículo 56), reglamentados en lo pertinente pro el Decreto 2831 de 2005.

### **CONCEPTO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A**

**EL SUSCRITO VICEPRESIDENTE JURIDICO Y MIEMBRO DEL COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL DE LA FIDUPREVISORA S.A.**

### CERTIFICA

1. Que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 96 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, pro normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en código de comercio y previstos en el estatuto orgánico del sector financiero como en Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten las anteriormente detalladas **y NO el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.**

2. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados en la actualidad por Fiduciaria la Previsora S.A., la cual actúa como representante y vocera del patrimonio autónomo denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaria 44, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, celebrado con la Nación - Ministerio de Educación Nacional.
3. Que Fiduciaria la Previsora S.A solo actúa en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.
4. Que de la misma manera las fiduciarias como la FIDUPREVISORA S.A., deben atender la obligación de salvaguardar su propio patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no puedan comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado, asumiendo gastos inherentes a un contrato de fiducia en particular con cargo a su propio peculio. Asumir con sus propios recursos gastos de un contrato de Fiducia en particular constituye una práctica insegura y una operación no autorizada en la medida que desborda la capacidad legal de la fiduciaria por lo tanto por todas las razones expresadas no puede acceder a conciliar contrario a la ley.
5. Que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado reiteradamente sobre la responsabilidad del fiduciario en un contrato de fiducia, en los siguientes términos: "en consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio Autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individualización normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad"
6. Que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Fiduprevisora S.A, tal como lo consigno en la carta de 1º de septiembre de 2009, se ha abstenido de pronunciarse en los casos en que no se le demande



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 97 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

directamente por sus actuaciones propias, sino por su condición de vocero de patrimonios autónomos, casos en los cuales la responsabilidad patrimonial, a la luz de las normas del Código de Comercio, recae sobre bienes y activos fideicomitidos y corresponde a los fideicomitentes definir la pertinencia o no de un acuerdo en esa materia.

- **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Los Miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander acordaron por unanimidad señalar como política NO CONCILIAR frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: “por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

## 1. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para los casos que nos ocupan no se considera pertinente plasmar concepto jurídico toda vez que existe **POLÍTICA ADOPTADA POR LOS MIEMBROS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LOS CASOS DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 98 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

bajo el siguiente concepto: "por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo"

**13. Solicitud de conciliación del caso de MARGY RODRIGUEZ PARRA.**

Expone el caso la Dra. Diana Carvajal, abogada de la Secretaría de Educación del Departamento.

|   |   |
|---|---|
| FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:                |   |
| ABOGADA CONTRATISTA:                                  | DIANA PATRICIA CARVAJAL FUENTES   |
| NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES: | MANUEL ENRIQUE NIÑO GOMEZ, en Representación de la Docente MARGY RODRIGUEZ PARRA  |
| CUANTIA   | \$6.780.233   |
| CONFLICTO PRESENTADO CON:                             | PERSONA NATURAL   |
| NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:                       | NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-DEPARTAMENTO DE SANTANDER-SECRETARIA DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A. |
| AUTORIDAD CONCILIADORA:                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| ACCIÓN JUDICIAL:                                      | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:                               | 4 MESES   |
| SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:              | NO PROCEDE  |

**1. HECHOS RELEVANTES**

- La señora **MARGY RODRIGUEZ PARRA** identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.890.182, es docente en propiedad de la Escuela Rural Hoya de San José del Municipio del Socorro.



|      |                        |                     |            |                |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 99 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|----------------|

- Con fecha 15 de Agosto de 2007, la Señora **MARGY RODRÍGUEZ PARRA**, radicó ante la Secretaria de Educación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la solicitud de pago parcial de las cesantías.
- Que mediante Resolución No.0291 del 12 de Marzo del 2008, la Secretaría de Educación Departamental, reconoció y ordenó el pago de una Cesantía Parcial con destino a Reforma de Vivienda, por la suma de \$20.000.000,00 a favor de MARGY RODRÍGUEZ PARRA.
- Que el Acto Administrativo de Reconocimiento de Cesantía Parcial quedo en firme el 19 de Marzo de 2012.
- Que Mediante Orden de Pago No.0001 del 04 de Julio de 2008, se giró a nombre de MARGY RODRÍGUEZ PARRA, a través del BBVA el desembolso del pago de las Cesantías Parciales por un valor de \$20.000.000,00.
- El día 05 de Julio de 2011 la docente **MARGY RODRIGUEZ PARRA** presentó Derecho de Petición ante el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reclamando el pago de los intereses de mora establecidos a su favor en la ley 1071 de 2006; del cual se le dió traslado a la FIDUPREVISORA S.A, entidad que mediante oficio 404 del 29 de Mayo de 2012 NIEGA el reconocimiento de lo pedido.

## 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende que se pague sanción moratoria por pago extemporáneo de Cesantías Parciales, contado desde el día 19 de Marzo de 2008 hasta el 4 de Julio de 2008 (107 días) por la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$6.780.233) a favor de la docente **MARGY RODRIGUEZ PARRA**.

## 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, debe reconocerle y cancelarle un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías parciales, a la docente **MARGY RODRIGUEZ PARRA**, correspondientes entre el 19 de Marzo de 2008 hasta el 04 de Julio de 2008, es decir 107 días, por la suma de \$6.780.23300.



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 100 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

#### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- CAPACIDAD JURIDICA: La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder otorgado.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Copia auténtica del oficio número 404 de mayo 29 de 2012, expedida por la Directora de Prestaciones económicas de FIDUPREVISORA S.A, por medio del cual esa entidad niega el reconocimiento y pago de los intereses de mora a favor de mi representada.
  - Fotocopia de la Resolución No 0291 de Marzo 12 de 2008, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a favor de la docente MARGY RODRIGUEZ PARRA.
  - Fotocopia del comprobante de pago de fecha 09 de Julio de 2008 por la suma de \$20.000.000, expedida por el BBVA.
  - Fotocopia del comprobante de pago de fecha 30 de Junio de 2008 por la suma de \$1.901.090 a nombre de **MARGY RODRIGUEZ PARRA.**

#### REFERENTE O PRECEDENTE LEGAL

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería Jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que **deben ser manejados por una Entidad Fiduciaria** estatal o de economía mixta, **con el fin de que asumiera el pago** de las prestaciones Sociales de los Docentes.

Define el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 a las Sociedades de Economía Mixtas como: "Organismos autorizados por ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley".



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 101 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

Considerando la Corte Constitucional que la existencia de una Sociedad de Economía Mixta tan solo requiere, conforme a la Carta Magna, que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la nación, o por sí disponerlo una Ordenanza Departamental o un acuerdo Municipal. Es consecuencia, y en cumplimiento al régimen legal mencionada, se ha dispuesto para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, celebrar un contrato de administración, con la Fiduciaria La Previsora S.A, cuyo objeto contratado analizado en la Sentencia T-619 de 1999, resume:

*“Dicho contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el **pago oportuno** de las prestaciones sociales del personal docente. Allí se estipula, igualmente, que una de las obligaciones del Fideicomitente es **“reconocer prestaciones sociales que pagará el Fondo”**, mientras que compete a la **Fiduciaria La Previsora cancelar con los recursos dados en fiducia únicamente el valor de las prestaciones sociales que conforme a la Ley 91 de 1989 deba cancelar el Fondo al personal docente nacional y nacionalizado afiliado, previa determinación de la destinación, prioridad y disponibilidad de los recursos del Fondo para tal efecto, por parte del Consejo Directivo del mismo.***

Contrato que se rige por las normas del código de comercio y requiere por consiguiente, la solemnidad de escritura pública y registro ante la cámara de comercio del domicilio de la sede social, acreditándola con Personería Jurídica **artículo 98 del Código de Comercio** al manifestar que la Sociedad, una vez constituida legalmente, forma una personería jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Generando una autonomía administrativa, con estatutos que da vida a la sociedad, estableciendo su propia planta de personal, reglamentan su propia actividad, **la determinación de sus trámites internos**, el establecimiento de tarifas y preciso para sus servicios y productos, entre otros, no sin antes resaltar lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 111 de 1996, que constituye el Estatuto Orgánico de Presupuesto, que otorga mayor autonomía financiera.

Y en materia laboral, la Corte Suprema de Justicia, sentencia 3 de abril de 2000, ha reiterado el criterio según el cual, como las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, excepto cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, y en consecuencia sus empleados serán por regla general, trabajadores oficiales.

Señalando además según artículo 187 del Código del Comercio, sobre las funciones de la Junta o Asamblea de accionistas o socios de la Sociedad de Economía Mixta la de: “Constituir las reservas ocasionales”.



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 102 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

Para el caso que nos ocupa, surge la importancia de determinar la función asignada por Ley al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a fin de determinar, si ha incumplido sobre el deber que le asiste de reconocer los derechos de sus administrados, y se determino que el Decreto 2831 de 2005, artículo 3 numeral 2 y 3 respectivamente, indica sobre la obligación que tiene la Secretaria de Educación Departamental para el reconocimiento de pagos prestacionales a los docentes, en dos puntos a saber:

- o Expedir a la sociedad fiduciaria, la certificación de tiempo de servicio y del régimen salarial prestacional del docente peticionario, de acuerdo con los formatos por ellos expedidos.
- o Y elaborar y remitir el proyecto del acto administrativo que reconocer el derecho del peticionario docente, para el pago de sus prestaciones sociales, en el término de 15 días hábiles una vez recibida la solicitud.

No obstante, una vez puesto en conocimiento los documentos a la Sociedad Fiduciaria, sobre el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, debidamente diligenciados y liquidados, **ésta debe aprobar** el acto administrativo de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, **surtir los trámites administrativos a que haya lugar**, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

En ese orden de ideas, pensaríamos que la gestión delegada por LEY a la Secretaria de Educación, para el reconocimiento de las acreencias prestacionales de los docentes, está limitada a reconocer el Derecho del Administrado, esto es en expedir la certificación del tiempo de servicios, del régimen salarial, emitir el acto administrativo para el pago correspondiente y recibir por parte de la Sociedad Fiduciaria aprobación del acto administrativo.

Cumplimiento que ha sido resaltado por la Corte Constitucional, al señalar: "Corresponde al Ministerio de Educación Nacional, a través de la Oficina Coordinadora de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cada regional, liquidar la cesantía parcial y emitir la resolución que reconozca o niegue la prestación, y a la Fiduciaria dar un visto bueno a la liquidación, sin que pueda interferir en la expedición del acto administrativo en curso".

Lo que significa que la FIDUPREVISORA S.A. debe dar el visto bueno, a efectos de reconocer y CANCELAR las cesantías parciales reclamadas.

Obsérvese que en la Ley 244 de 1995 en su artículo 2, exige a la Entidad **Pagadora**, (llámese FIDUPREVISORA) cancelar una vez en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías parciales o definitivas reclamadas por el Funcionario Público.

Como se puede apreciar, administrar los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, exige **la existencia de un CONTRATO FIDUCIARIO**, cuyas obligaciones se han visto enmarcadas



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GO-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 103 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

en las funciones a cada una delgadas, regidas por unas directrices cuyo cumplimiento y deber legal solo puede ser atribuido a cada uno de los responsables (FIDECOMITENTE Y FIDUCIARIO), pues de no ser así, se estaría incumpliendo y obstruyendo las funciones aceptadas y reconocidas dentro del contrato.

Ahora, ha dicho el accionante, que el acto administrativo cuyo reconocimiento de pago de Cesantías Parciales a favor de su representada, ha sido ejecutoriado el 19 de Marzo de 2008, pero fue hasta el 04 de Julio de 2008 que se ordenó el desembolso y pago definitivo de las Cesantías parciales.

Por consiguiente, el reconocimiento del Derecho al pago de las cesantías parciales de la docente MARGY RODRIGUEZ PARRA, cumplió con las directrices establecidas en el Decreto 2831 de 2005, cuyo resultado fue expedir el acto administrativo mediante Resolución No.0291 de Marzo 12 de 2008.

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para el caso que nos ocupa, se considera **NO CONCILIAR**, toda vez que existe un contrato entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La PREVISORA S.A., cuyo objeto legal consiste en administrar los recursos del FONDO, para el cumplimiento en la cancelación del pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente.

Cabe precisar que los conceptos jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: NO CONCILIAR** y mantener la política adoptada frente a los casos que traten sobre solicitudes de prestaciones sociales reconocidas a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente concepto: "por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GO-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 104 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”

#### 14. Solicitud de conciliación del caso de HELENA ATUESTA NEIRA

Expone el caso la Dra. Diana Patricia Carvajal Afanador, abogada contratista de la Secretaría de Educación del Departamento.

|  |   |
|--|---|
| <b>FECHA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:</b>                |   |
| <b>APODERADO DE LA ENTIDAD:</b>                              | DIANA PATRICIA CARVAJAL FUENTES   |
| <b>NOMBRE Y APELLIDOS DE LOS CONVOCANTES O SOLICITANTES:</b> | <b>JUAN FRANCISCO GUERRERO MALDONADO EN REPRESENTACION DE LA DOCENTE HELENA ATUESTA NEIRA.</b>                          |
| <b>CUANTIA</b>   | \$1.266.537   |
| <b>CONFLICTO PRESENTADO CON:</b>                             | PERSONA NATURAL   |
| <b>NOMBRE DE LA ENTIDAD CONVOCADA:</b>                       | NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-GOBERNACION DE SANTANDER |
| <b>AUTORIDAD CONCILIADORA:</b>                               | Procuraduría General de la Nación (Art. 80 Ley 446 de 1998)   |
| <b>ACCIÓN JUDICIAL:</b>                                      | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| <b>CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:</b>                               | 4 MESES   |
| <b>SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD:</b>              | NO APLICA   |

#### 1. HECHOS RELEVANTES

- La señora **HELENA ATUESTA NEIRA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.887.493 prestó sus servicios personales a la Secretaria de Educación Departamental de la Gobernación de Santander de acuerdo al nombramiento realizado en la Resolución No. 14444 del 4 de Octubre de 2012.
- Mediante dicha Resolución se concedió Licencia por Enfermedad No Profesional a la docente Celmira Méndez Durán, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.390.052, mediante la cual se nombró en su reemplazo a la docente HELENA ATUESTA NEIRA.



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 105 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

- Que HELENA ATUESTA NEIRA se encontraba en el Grado 2 A del Escalafón Nacional Docente, devengando en el año 2010 \$1.224.009 por concepto de sueldo y \$42.528 por prima de alimentación.
- Que mediante Resolución No.16090 de 2 de Noviembre de 2010, la Secretaría de Educación Departamental, en su artículo Segundo decidió prorrogar el Nombramiento Provisional hasta el 12 de Noviembre de 2010 a Helena Atuesta Neira, Licenciada en Ciencias Sociales, como Docente del Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blanco, DEL Municipio de San Miguel en reemplazo de CELMIRA MENDEZ DURAN.
- Mediante Resolución No. 18340 del 07 de Diciembre de 2010 se aclara el Acto Administrativo No. 16090 del 02 de Octubre de 2010, en el sentido que se prorroga la licencia por enfermedad no profesional a MENDEZ DURAN CEDELMIRA; por el término de 35 días comprendidos entre el 13 de Noviembre y el 17 de Diciembre de 2010.
- Que mediante dicho Acto Administrativo se prorroga el nombramiento provisional de la docente HELENA ATUESTA NEIRA hasta el 10 de Diciembre de 2010 en el Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blanco.
- La Docente convocante cumplió con los encargos que se le efectuaron a través de las resoluciones anteriormente citadas hasta el 10 de Diciembre de 2010, según certificación expedida el 02 de Marzo de 2012 por la Rectora del Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blanco del Municipio de San Miguel.

## 2. PRETENSIONES

- El apoderado de la parte convocante pretende que se declare la nulidad de los oficios No. 00283 12 del 11 de Mayo de 2012 y 00303 12 del 30 de Mayo de 2012 por los cuales se niega el reconocimiento y pago a la Docente HELENA ATUESTA NEIRA de los salarios y demás prestaciones sociales, comprendidos entre el 13 de Noviembre de 2010 al 10 de Diciembre de 2010 en virtud de la Prórroga del nombramiento provisional efectuado en la Resolución No. 18340 del 07 de Diciembre de 2010.

## 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico consiste en determinar si la docente HELENA ATUESTA NEIRA tiene Derecho a reconocérsele y cancelársele los salarios y/u honorarios y demás prestaciones sociales, comprendidas entre el 13 de Noviembre de 2010 y el 10 de Diciembre de 2010 por un valor



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 106 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

aproximado de \$1.224.009 por concepto de sueldo y \$42.528 por prima de alimentación.

#### 4. ANALISIS DEL CASO - PROCEDENCIA DE LA CONCILIACION:

- CAPACIDAD JURIDICA: La verificación de la representación y legitimación a efectos de determinar las personas que intervienen en el trámite conciliatorio están legitimadas o cuentan con la capacidad jurídica para conciliar es competencia exclusiva del Procurador Judicial cognoscente.
- Dentro de la convocatoria se adjunta copia del poder otorgado.
- Las pruebas que relaciona y pretende hacer valer el apoderado de la parte convocante son:
  - Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la convocante.
  - Copia oficio PRO # 354317 de la Gobernación de Santander (Solicitud Certificación Laboral).
  - Constancia de sueldos de Helena Atuesta Neira.
  - Copia auténtica de las Actas de posesión: 211 de mayo 12 de 2011 y 1370 de Octubre 11 de 2010.
  - Copia auténtica de las Resoluciones: 14444 de Octubre 04 de 2010, 16090 de Noviembre 02 de 2010, 18340 de Diciembre 07 de 2010.
  - Constancia expedida por la Rectora del Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blanco donde consta la prestación del servicio de la convocante.
  - Copia del Derecho de Petición presentado al Gobernador de Santander, solicitando el reconocimiento y pago de lo demandado.
  - Copia de los oficios 283 12 de Mayo 11 de 2012 y 00303 12 de Mayo 30 de 2012.

#### REFERENTE O PRECEDENTE LEGAL

El artículo 1 del Decreto No. 2940 del 05 de Agosto de 2010 establece la Asignación Básica Mensual de los distintos grados y niveles del escalafón nacional docente correspondiente a los empleos docentes y directivos docentes al servicio del Estado a partir del 1 de Enero de 2010.

De conformidad con la disposición legal mencionada, se ha dispuesto para el Título de Licenciado o Profesional no Licenciado, Grado Escalafón 2, Nivel Salarial A una asignación básica mensual de \$1.224.009 para los docentes sin especialización.

Como se puede apreciar la docente HELENA ATUESTA NEIRA para la época en la cual fue nombrada provisionalmente devengaba según



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 107 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

certificación laboral un sueldo correspondiente a \$1.224.009 por concepto de sueldo y por la prima de alimentación una suma de \$42.528 por hallarse en Grado 2A del escalafón con Licenciatura en Ciencias Sociales.

En ese orden de ideas, se puede reiterar mediante Las Resoluciones No. 14444 del 04 de Octubre de 2010, 16090 del 02 de Noviembre de 2010 y 18340 del 07 de Diciembre de 2010 que HELENA ATUESTA NEIRA fue nombrada provisionalmente como DOCENTE del Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blando del Municipio de San Miguel en reemplazo de MENDEZ DURAN CELMIRA, a la cual se le concedió licencia por enfermedad no profesional.

Cabe resaltar que a la docente HELENA ATUESTA NEIRA se le cancelaron los salarios y demás prestaciones sociales a que tiene derecho hasta la fecha establecida en el ACTO ADMINISTRATIVO No. 16090 del 02 de Noviembre de 2010, en el cual se le prorroga el Nombramiento Provisional hasta el 12 de Noviembre.

El tiempo establecido en la Resolución 18340 del 07 de Diciembre de 2010 comprendido entre el 13 de Noviembre y el 10 de Diciembre de 2010, en donde se le prorroga nuevamente el nombramiento provisional a la Convocante no se le cancelaron los valores por concepto de sueldo (\$1.224.009) ni la suma por prima de alimentación (\$42.528).

La anterior situación se originó por omisión involuntaria ya que los valores reclamados no pudieron ser tramitados regularmente en la vigencia del año 2010, ni se incluyeron en la relación de cuentas pendientes por pagar para haberlo hecho efectivo a inicios del año 2011.

Por consiguiente se determina que la docente HELENA ATUESTA NEIRA cumplió en su totalidad y a satisfacción la vacancia temporal en reemplazo de CELMIRA MENDEZ DURAN, y que por lo tanto tiene derecho a recibir los valores establecidos por los servicios prestados al Departamento como docente entre el 13 de Noviembre y el 10 de Diciembre de 2010 a cargo del Sistema General de Participaciones por constituirse una deuda del año 2010.

Igualmente la norma constitucional establece en su artículo 122:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

En consideración, la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, es responsable de los valores pretendidos por el Accionante en representación de la Docente HELENA ATUESTA NEIRA, toda vez, que a través los Actos Administrativos se demuestra que la mencionada cumplió con el nombramiento provisional y revisado el trámite de nómina se determina que se le adeuda del 13 de Noviembre de 2010 al 10 de Diciembre del mismo año el salario y demás prestaciones sociales.



**1. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Para el caso que nos ocupa, se considera CONCILIAR, toda vez que existen los Actos Administrativos que demuestran que la docente HELENA ATUESTA NEIRA fue nombrada provisionalmente en el Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blanco del Municipio de SAN MIGUEL en reemplazo de CEDELMIRA MENDEZ DURAN a quien se le concedió licencia por enfermedad no profesional. Por lo expuesto se le adeudan los valores por concepto de sueldo y prima de alimentación del 13 de Noviembre al 10 de Diciembre de 2010 por un valor de \$1.266.537.

Cabe precisar que los concepto jurídicos no son obligatorios jurídicamente, ya que se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para los miembros del comité de conciliación, de allí que los integrantes del mismos; a quienes les corresponda tomar una decisión, la toman aplicando su propio criterio.

**DECISIÓN DEL COMITÉ: CONCILIAR**, por las siguientes razones

- ✓ Que existen los Actos Administrativos que demuestran que la docente HELENA ATUESTA NEIRA fue nombrada provisionalmente en el Colegio Integrado Monseñor Evaristo Blanco del Municipio de SAN MIGUEL en reemplazo de CEDELMIRA MENDEZ DURAN a quien se le concedió licencia por enfermedad no profesional.
- ✓ Que según certificación expedida por la coordinadora del grupo de liquidación de nómina de la Secretaría de Educación Departamental no se ha cancelado el tiempo comprendido del 13 de noviembre al 10 de diciembre del 2010, por prórroga al nombramiento provisional a HELENA ATUESTA NEIRA, según resolución 18340 del 7 de diciembre de 2010 y es como a continuación se detalla:

**CONCEPTOS A DEVENGAR**

|   |                     |
|---|---------------------|
| Sueldo del 13 de noviembre al 10 de diciembre de 2010 (28 días) | \$ 1.142.408        |
| Prima de alimentación   | 38.473              |
| ½ Prima de Navidad  | 105.436             |
| <b>TOTAL A DEVENGAR</b>   | <b>\$ 1.286.317</b> |

**PATRONALES**

|                                |           |
|--------------------------------|-----------|
| ICBF                           | \$ 35.426 |
| Caja de Compensación (CAJASAN) | 47.235    |
| SENA                           | 5.904     |
| ESAP                           | 5.904     |



|                         |                        |                     |            |                   |
|-------------------------|------------------------|---------------------|------------|-------------------|
| ACTA                    | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 109 de 120   |
| Ley 21                  |                        |                     |            | 11.809            |
| Previsión Social 8,5 %  |                        |                     |            | 97.105            |
| Cesantías               |                        |                     |            | 107.150           |
| <b>TOTAL PATRONALES</b> |                        |                     |            | <b>\$ 310.533</b> |

- ✓ Que el pago se realizará en un término de sesenta días hábiles, contados a partir de la aprobación de la conciliación por el juez administrativo.

#### A. OFICINA ASESORA JURÍDICA - DEPARTAMENTO DE SANTANDER

##### 1. Incumplimiento contrato de comodato celebrado entre el Departamento de Santander y la Junta de Acción Comunal del Barrio la Victoria de Bucaramanga.

Expone el caso la Dra. Gilma Flórez de Criado, abogada de la Oficina Jurídica del Departamento.

Referencia: Requisito de Procedibilidad previo a incoar demanda de Acción Contractual. Incumplimiento del Contrato de Comodato celebrado entre el Departamento de Santander y la Junta de Acción comunal del Barrio La Victoria de Bucaramanga.

| DATOS GENERALES                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>DEMANDANTE</b>              | DEPARTAMENTO DE SANTANDER   |
| <b>APODERADO</b>               | PARA OTORGAR EL PODER   |
| <b>MOTIVO</b>                  | INCUMPLIMIENTO CONTRATO DE COMODATO CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER Y LA JUNTA DE ACION COMUNAL DEL BARRIO LA VICTORIA |
| <b>ACCION</b>                  | CONTRACTUAL   |
| <b>CUANTIA</b>                 | INDETERMINADA   |
| <b>RADICADO</b>                |   |
| <b>FECHA AUDIENCIA</b>         |   |
| <b>RESPONSABLE DE LA FICHA</b> | GILMA FLOREZ DE CRIADO  |

De manera atenta, presento a consideración del Comité, la Minuta de la solicitud de conciliación prejudicial con sus anexos a fin de reclamar el lote de terreno ubicado frente a la Carrera 18 entre calles 67 y 68 del Barrio La Victoria, dado en Comodato cuyo objeto era para construir allí un Salón Comunal y que actualmente es utilizado para parqueadero público, y facultarme para conciliar ante la Procuraduría Administrativa:



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 110 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

Señor

**PROCURADOR JUDICIAL PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**

**CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

REPARTO

E.S.D.

REFERENCIA: CONCILIACION EXTRAJUDICIAL COMO  
PREREQUISITO PARA ACUDIR A LA **ACCION**  
**CONTRACTUAL**

CONVOCANTE: DEPARTAMENTO DE SANTANDER NIT. 890201235-6

CONVOCADO: ROBIN ANDERSON HERNANDEZ REYES Representante  
Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria de  
Bucaramanga.

**GILMA FLOREZ DE CRIADO**, identificada con cédula de ciudadanía No 41'790.552 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional No. 45.642 del Consejo Superior de la Judicatura actuando en nombre y representación legal del Departamento de Santander, en el asunto de la referencia conforme al poder especial que me fue otorgado y del cual se acompaña el presente escrito, con todo respeto CONVOCO A CONCILIACION EXTRAJUDICIAL al Representante Legal de la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria, señor ROBIN ANDERSON HERNANDEZ REYES identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.718.802, a efectos de dar cumplimiento al primer inciso numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, para que se pronuncie sobre las siguientes:

#### DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que mediante **Escritura Pública No. 3216 del 1º de agosto de 1983** de la Notaría Primera del Circulo Notarial de Bucaramanga, el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, cedió a favor del DEPARTAMENTO DE SANTANDER dos (02) lotes de terreno, ubicados en el barrio "LA VICTORIA" de la ciudad de Bucaramanga, así: El primero en la esquina Nor occidental de la carrera 21 con calle 68 y el segundo localizado **frente a la Carrera 18 entre calles 67 y 68** en medio de la Escuela y la Iglesia, cuyos linderos los señalaré en los hechos de la demanda, con la condición de que los lotes cedidos al Departamento de Santander tuvieran como destinación específica la de PUESTO DE SALUD y **SALON COMUNAL respectivamente**, a cargo de la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA, y en caso de incumplimiento a esta obligación, el contrato se resolvería y la propiedad revertiría nuevamente al entonces INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL.
2. Que entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA de Bucaramanga se celebró un Contrato de Comodato por un término de noventa y nueve (99) años, elevado a **Escritura Pública No. 1660 del 28 de abril de 1989** de la



|      |                        |                    |            |                 |
|------|------------------------|--------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental | Versión: 2 | Pág. 111 de 120 |
|------|------------------------|--------------------|------------|-----------------|

Notaría Primera del Circulo Notarial de esta ciudad, mediante el cual, el DEPARTAMENTO DE SANTANDER entregó en comodato a la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA de Bucaramanga dos (02) lotes de terreno que le habían sido cedidos por el INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL, para que en ellos edificara UN PUESTO DE SALUD Y UN **SALON COMUNAL** y en caso de incumplimiento a esta obligación el contrato se resolvería y la propiedad revertiría nuevamente al INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL.

3. Que ante el incumplimiento a lo pactado contractualmente entre las partes, al no destinar la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA de Bucaramanga los lotes de terreno que le habían sido cedidos por el Departamento para la construcción del SALON COMUNAL y el PUESTO DE SALUD, el Departamento de Santander demandó contractualmente al Comodatario ante el Tribunal Administrativo de Santander, proceso que fue radicado con el No. 12448 de 1996.
4. Que mediante Fallo de fecha 24 de mayo de 1999, el doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, Magistrado Ponente, decidió RESOLVER PARCIALMENTE el Contrato de Comodato celebrado el 28 de abril de 1989 en lo que corresponde al lote ubicado en la esquina Nor occidental de la carrera 21 con calle 68. Como consecuencia de lo anterior ordenó al Comodatario restituir inmediatamente el lote de terreno ubicado en la esquina Nor occidental de la carrera 21 con calle 68 y **desechó las restantes súplicas de la demanda.**
5. Que, respecto al lote de terreno ubicado frente a la carrera 18 entre calles 67 y 68 del Barrio la Victoria, la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria le dio una destinación diferente a la acordada en el Contrato de Comodato celebrado el 22 de febrero de 1989, habilitando el lote no para la construcción de un SALON COMUNAL sino para el **funcionamiento de un parqueadero público** del cual se está lucrando la Junta.
6. Que ante la solicitud de entrega del inmueble hecha por el Departamento de Santander mediante Oficio de fecha 14 de febrero de 2011, el Presidente de la Junta de Acción comunal del Barrio La Victoria, hizo caso omiso a la petición.
7. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene: PRIMERO.- RESOLVER el CONTRATO de COMODATO contenido en la Escritura Pública 1660 del 28 de abril de 1989 de la Notaría Primera del Circulo Notarial de Bucaramanga, en lo que hace referencia al lote ubicado frente a la Carrera 18 entre calles 67 y 68 del Barrio LA VICTORIA, y SEGUNDO.- REVERTIR LA PROPIEDAD al Departamento de Santander.

#### HECHOS

- 1) Mediante **Escritura Pública No. 3216 del 1° de agosto de 1983** de la Notaría Primera del Circulo Notarial de Bucaramanga, el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, cedió a favor del DEPARTAMENTO DE SANTANDER dos (02) lotes de terreno, ubicados en el barrio "LA



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 112 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

VICTORIA" de la ciudad de Bucaramanga, así: El primero en la esquina Nor-occidental de la carrera 21 con calle 68 y **el segundo localizado frente a la Carrera 18 entre calles 67 y 68** en medio de la Escuela y la Iglesia con área de cuatrocientos sesenta y cinco metros cuadrados (465 mts<sup>2</sup>) alinderado así: por el NORTE, en 30,00 metros con terrenos de propiedad del Municipio de Bucaramanga, destinados para parque; por el SUR, en 30.00 metros con la escuela; por el ORIENTE, en 15,50 metros, con terrenos de propiedad del Municipio de Bucaramanga, destinados para parque y por el OCCIDENTE, en 15.00 metros, con andén de la carrera 18, con la condición de que el lotes cedido al Departamento de Santander tuvieran como destinación específica la de SALON COMUNAL respectivamente, a cargo de la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA, y en caso de incumplimiento a esta obligación, el contrato se resolvería y la propiedad revertiría nuevamente al entonces INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL.

- 2) Entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA de Bucaramanga se celebró el Contrato de Comodato por un término de noventa y nueve (99) años elevado a **Escritura No. 1660 del 28 de abril de 1989** de la Notaría Primera del Círculo Notarial de esta ciudad, mediante el cual, el DEPARTAMENTO DE SANTANDER entregó en comodato a la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA de Bucaramanga dos lotes de terreno que le habían sido cedidos por el INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL, **el segundo de ellos el localizado frente a la Carrera 18 entre calles 67 y 68** en medio de la Escuela y la Iglesia con área de cuatrocientos sesenta y cinco metros cuadrados (465 mts<sup>2</sup>) alinderado así: por el NORTE, en 30,00 metros con terrenos de propiedad del Municipio de Bucaramanga, destinados para parque; por el SUR, en 30.00 metros con la escuela; por el ORIENTE, en 15,50 metros, con terrenos de propiedad del Municipio de Bucaramanga, destinados para parque y por el OCCIDENTE, en 15.00 metros, con andén de la carrera 18, con la condición de que el lote cedido al Departamento de Santander se edificara UN SALON COMUNAL y en caso de incumplimiento a esta obligación el contrato se resolvería y la propiedad revertiría nuevamente al Departamento de Santander.
- 3) Ante el incumplimiento a lo pactado contractualmente entre las partes, al no destinar la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA de Bucaramanga los lotes de terreno que le habían sido cedidos por el Departamento para la construcción del SALON COMUNAL y el PUESTO DE SALUD, el Departamento de Santander demandó contractualmente al Comodatario ante el Tribunal Administrativo de Santander, para RESOLVER el CONTRATO DE COMODATO y REVERTIR la PROPIEDAD al Departamento de Santander, proceso que fue radicado con el No. 12.448 de 1996.
- 4) Mediante Fallo de fecha 24 de mayo de 1999, el doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, Magistrado Ponente, decidió RESOLVER PARCIALMENTE el Contrato de Comodato celebrado el 28 de abril de 1989 en lo que corresponde al lote ubicado en la esquina Nor occidental de la carrera 21 con calle 68. Como consecuencia de lo anterior ordenó



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 113 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

al Comodatario restituir inmediatamente el lote de terreno ubicado en la esquina Nor occidental de la carrera 21 con calle 68. Desechó las restantes súplicas de la demanda.

- 5) El día 2 de febrero de 2011, funcionarios de la Secretaría General - Coordinación de Recursos Físicos del Departamento de Santander realizaron una visita al lote de la carrera 18 entre calles 67 y 68, donde pudieron apreciar que en el mismo funciona un parqueadero público.
- 6) Mediante **Oficio Rad. 113247 del 14 de febrero de 2011**, el Secretario General de la Gobernación de Santander solicitó al comodatario la entrega del inmueble, en un plazo perentorio de cinco (5) días por incumplimiento de la condición contractual, no obstante, el Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria, hizo caso omiso a tal requerimiento.
- 7) La naturaleza del negocio desarrollado por la Junta de Acción Comunal no está contemplado dentro de las Clausulas pactadas en el Contrato de Comodato, ni está prestándose con ello un servicio a la comunidad.

#### FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

- a. La demanda busca obtener para el demandante que se revierta el inmueble de su propiedad, que fue dado en Comodato a la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria de Bucaramanga mediante Contrato celebrado el día 22 de febrero de 1989.
- b. Como fundamentos de la presente demanda, lo normado en el artículo 2202 del Código Civil que señala que: *"El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención en el uso ordinario de las de su clase"*.
- c. El artículo 2205 del Código Civil que autoriza al comodante para pedir la cosa prestada cuando no ha tenido lugar en el uso ordinario para el cual fue prestado.
- d. Artículo 38 de la Ley 9 del 11 de enero de 1989, que dice: "Las entidades públicas no podrán dar en comodato, sus inmuebles, sino únicamente a otras Entidades Públicas... Juntas de Acción comunal, por un término máximo de cinco (5) años renovables.

#### PROCEDIBILIDAD EN CUANTO A LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL FALLIDA

Se intenta conciliar con la entidad demandada en cumplimiento del artículo 61 de la Ley 1437 de 2011, artículo 6° del Decreto 1716 de 2009 en lo relativo al requisito de procedibilidad respecto de la conciliación extrajudicial.

#### SOBRE LA VIGENCIA DE LA ACCION

Desde la fecha de la visita realizada por parte de funcionarios de la Secretaría General de la Gobernación de Santander al lote ubicado frente a la carrera 18 entre calles 67 y 68 entre la Iglesia y la Escuela del Barrio La Victoria de Bucaramanga (02 de febrero de 2011), se pudo apreciar que



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 114 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

actualmente está funcionando un parqueadero público, de cuyo producido se está lucrando la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria, por lo que desde esa fecha se verificó el incumplimiento de la condición estipulada en la Cláusula Primera del contrato de comodato, cuyo objeto es ser destinado a SALON COMUNAL.

Por estas razones, no han transcurrido dos (02) años hasta la fecha de la presentación de la demanda, con lo cual se da cumplimiento al Artículo 161 y 164 literal j) de la Ley 1437 de 2011.

### PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA

Esta demanda, relacionada con una controversia contractual, debe ser tramitada por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 152 numeral 5.- de la Ley 1437 de 2011 en primera instancia. El juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales será el de la jurisdicción contencioso administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 446 de 1998.

### RELACION Y PETICION DE PRUEBAS

Con todo respeto, se solicita tener como pruebas las que se relacionan a continuación:

- 1) Copia del Contrato de Comodato de fecha 22 de febrero de 1989 celebrado entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y la Junta de Acción Comunal del Barrio LA VICTORIA.
- 2) Escritura Pública No. 3216 del 1° de agosto de 1983, mediante la cual el Instituto de Crédito Territorial cedió al Departamento de Santander el lote de terreno ubicado frente a la carrera 18 entre calles 67 y 68 en medio de la Iglesia y la Escuela, del Barrio la Victoria.
- 3) Escritura Pública No. 1660 del 28 de abril de 1989 mediante la cual el Departamento de Santander dio en Comodato a la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria, dos lotes de terreno, uno de ellos el localizado frente a la Carrera 18 entre calles 67 y 68 en medio de la Iglesia y la Escuela.
- 4) Registro fotográfico de la ubicación y estado actual del lote objeto de la presente demanda.
- 5) Resolución No. 110 del 13 de octubre de 1961 por la cual el Gobernador de Santander reconoce Personería Jurídica a la Junta de Acción Comunal "LA VICTORIA".
- 6) Acta No. 20 del 5 de diciembre de 1988 mediante la cual el Consejo de Gobierno Departamental autorizó al Gobernador Departamental para celebrar el contrato de Comodato con la Junta de Acción comunal del Barrio La Victoria de Bucaramanga de dos lotes situados en dicho barrio, destinados a puesto de salud y un salón comunal.
- 7) Relación de dignatarios suministrada por la Secretaria de Desarrollo Social de la Alcaldía Municipal de Bucaramanga, por la cual se hace constar que el señor ROBIN ANDERSON HERNANDEZ REYES identificado con la C.C. No. 13.718.802, actualmente funge como Presidente de la Junta de Acción Comunal.



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GO-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 115 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

## INSPECCION JUDICIAL

Comendidamente solicito se sirva ordenar la práctica de una Inspección Judicial, si se considera pertinente con intervención de peritos, en el lote ubicado frente a la carrera 18 entre calles 67 y 68 en medio de la Iglesia y la Escuela del Barrio La Victoria alinderado como consta en la Escritura Pública 1660 allegada al proceso, para que se constate el destino que la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria le ha dado al mismo y que le fue cedido por el Departamento de Santander para la construcción de un Salón Comunal.

## JURAMENTO

Se declara bajo la gravedad del juramento que no se ha iniciado otra conciliación extrajudicial u otra demanda por los mismos hechos que motivan la presente.

## NOTIFICACIONES

**DEMANDADA:** El señor ROBIN ANDERSON HERNANDEZ REYES Representante Legal de la Junta de Acción Comunal del Barrio La Victoria, tiene domicilio en la ciudad de Bucaramanga, en la Carrera 20 No. 64-30 del Barrio la Victoria.

**DEMANDANTE:** El Departamento de Santander tiene domicilio en la ciudad de Bucaramanga en la Calle 37 No. 10 - 30.

**APODERADO:** Oficina Asesora Jurídica del Departamento de Santander Calle 37 No. 10 - 30 2º Piso Edificio Nuevo. Teléfono 6339666 Ext. 341.

## ANEXOS

- 1) El poder otorgado para representar al Departamento de Santander con sus anexos.
- 2) Las pruebas documentales descritas en el acápite correspondiente
- 3) Una (1) fotocopia de la demanda para el archivo del juzgado.
- 4) Una (1) fotocopia de la demanda con sus anexos para el traslado
- 5) Una (1) fotocopia de la demanda con sus anexos para el Ministerio Público

## DECISIÓN DEL COMITÉ:

- ✓ Autorizar a la Dra. Gilma Flórez de Criado, para que en nombre y representación del Departamento de Santander, realice todos los tramites pertinentes para llegar a un acuerdo conciliatorio.
- ✓ El Comité para la Defensa Judicial del Departamento aprueba rescindir el contrato o darlo por terminado, en razón a la destinación, ajuste y naturaleza de los contratos de comodato, conforme lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 9 de 1989 que establece:



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 116 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

*“Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables.*

*Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente Ley”.*

- ✓ Finalmente se hace necesario verificar que se este al día en el pago de servicios y demás erogaciones que de acuerdo al objeto del contrato esta obligada la Junta de Acción Comunal del barrio la Victoria en su calidad de comodatario.
- ✓ Se da por agotado el requisito de procedibilidad en los términos del primer inciso numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

## **2. Reconsideración del caso de Claudia Patricia Pérez Silva.**

Expone el caso el Dr. Francisco Rangel, abogado de la oficina Jurídica del Departamento.

El Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander por solicitud de la procuraduría 100 Judicial para Asuntos Administrativos estudio nuevamente la decisión de NO CONCILIAR, en el caso de la señora CLAUDIA PATRICIA PEREZ SILVA, donde se mantiene la política adoptada por los miembros de comité de conciliación para la defensa judicial del departamento de Santander frente a los casos que se traten de ordenes de prestación de servicios - contratos realidad u horas catedra de docentes en razón a que es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Que el Comité para la Defensa Judicial del Departamento de Santander frente al caso en comento adoptó la siguiente decisión: Atendiendo a lo dispuesto en la ley 1437 de 2011, en lo referido a la aplicación del precedente jurisprudencial para los casos en donde solicita el reconocimiento de la existencia de vinculo laboral de docentes que ejercieron actividades por medio de Ordenes de Prestación de Servicios, es necesario poner de manifiesto que los miembros del Comité no pueden CONCILIAR sobre este tipo de casos toda vez que los recursos del Magisterio son Administrados por la Fiduprevisora según lo dispuesto en



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 117 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

la ley 91 de 1989, la cuál ha dispuesto para tal efecto solo reconocer estos derechos y las prestaciones que trae consigo el mismo cuando sobre el caso ya exista una sentencia judicial que haya reconocido el derecho, al respecto dice lo siguiente: *“por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1775 de 1990 y el Decreto 2831 de 2005, la competencia para dar visto bueno que apruebe o niegue las solicitudes realizadas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a la Fiduprevisora S.A en calidad de administrador fiduciario de los recursos del fondo, señalándose a su vez que los actos administrativos que contradigan estas disposiciones, es decir las resoluciones o actos administrativos que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de la tal fondo carecerán de efectos legales y no prestaran merito ejecutivo”*

En este sentido es claro, que no es negligencia del Departamento y mucho menos de los miembros del Comité para la Defensa Judicial del Departamento mantener la política establecida, sin embargo y en aras de encontrara una solución que permita realizar acuerdos conciliatorios que permitan evitar un desgastante y costo proceso judicial, se va a requerir al Dr. **JORGE N. PERALTA**, Vicepresidente Fondo de Prestaciones Magisterio – Fiduprevisora S.A., de manera que se pueda encontrar una pronta solución al tema.

En Este mismo sentido se recomienda que para las próximas solicitudes de conciliación, los convocantes vinculen como partes del proceso al Ministerios de Educación Nacional y a la Fiduprevisora, pues conforme lo anteriormente expuesto son ellos quienes tienen la facultad de realizar pagos por reconocimiento de derechos y/o prestaciones laborales.

**V. Varios**

**ANALISIS DE CASOS REQUISITO DEL ARTICULO 70 DE LA LEY 1395 DE 2011**

EL COMITÉ DE CONCILIACION DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER DE CONFORMIDAD DEL ARTICULO 4 NUMERAL 4 DE LA RESOLUCION 8303 DEL 1 DE JUNIO DE 2011 Y CON EL ANIMO DE DAR CUMPLIMIENTO CON LO ESTIPULADO EN EL ARTICULO 70 DE LA LEY 1395 DE 2011 ESTUDIA LOS SIGUIENTES CASOS.

**AUDIENCIAS DE CONCILIACION JUDICIALES PROXIMAS A REALIZARSE EN LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS.**

| JUZGADO                                  | RADICADO | DEMANDANTE         | ACCION                                | ASUNTO  | APODERADO                  | FECHA DILIGENCIA                   |
|--|----------|--------------------|---------------------------------------|---|----------------------------|------------------------------------|
| TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN. | 210-433  | PATRICIA PATARROYO | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO | LA DEMANDA VA DIRIGIDA CONTRA LA ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE CHUCURÍ, PARA QUE SE RECONOZCAN UNAS SUMAS DERIVADAS DE SUMINISTRO DE ALIMENTOS. | HARVEY FERNANDEZ CONTRERAS | OCTUBRE 10 DE 2012. HORA: 9:00 AM. |



|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 118 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

**DECISION DEL COMITÉ: NO CONCILIAR.** Los procesos correspondientes al cuadro anterior el comité de conciliación determinó que sus apoderados judiciales no deben conciliar (ratifica los argumentos ya expuestos por éste comité cuando se agotó el requisito de procedibilidad y por ende espera la última determinación del juez de segunda instancia.

En constancia de lo anterior y siendo las 6:30 pm, se termina la reunión y se firma:

*Roberto Ardila*

**ROBERTO ARDILA CAÑAS**  
Presidente de la Sesión

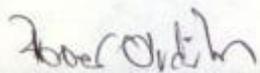
~~**FARLEY PARRA RODRIGUEZ**~~  
Secretario Técnico del Comité.

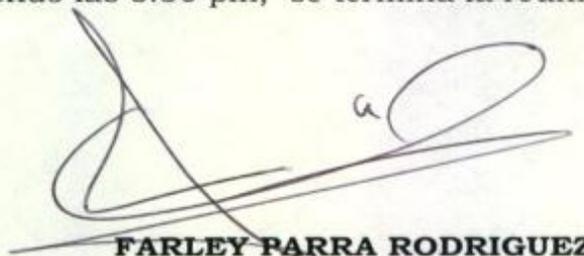


|      |                        |                     |            |                 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|
| ACTA | Código:<br>AP-GD-AC-01 | Gestión Documental: | Versión: 2 | Pág. 118 de 120 |
|------|------------------------|---------------------|------------|-----------------|

**DECISION DEL COMITÉ: NO CONCILIAR.** Los procesos correspondientes al cuadro anterior el comité de conciliación determinó que sus apoderados judiciales no deben conciliar (ratifica los argumentos ya expuestos por éste comité cuando se agotó el requisito de procedibilidad y por ende espera la última determinación del juez de segunda instancia.

En constancia de lo anterior y siendo las 6:30 pm, se termina la reunión y se firma:

  
**ROBERTO ARDILA CAÑAS**  
Presidente de la Sesión  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

  
**FARLEY PARRA RODRIGUEZ**  
Secretario Técnico Comité

El decreto 1042/78 y demás normas que lo adicionan y complementan, establece los factores salariales que se toman en cuenta para efectos del pago de las prestaciones sociales.



|       |                        |                    |            |               |
|-------|------------------------|--------------------|------------|---------------|
| CARTA | Código:<br>AP-GD-RG-05 | Gestión Documental | Versión: 5 | Pág. __ de __ |
|-------|------------------------|--------------------|------------|---------------|

**LA COORDINADORA DEL GRUPO DE LIQUIDACIÓN DE NOMINA DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL**

**CERTIFICA:**

Que revisado el sistema de información del equipo de nómina se verificó que no fue cancelado el tiempo comprendido entre el 13 de Noviembre al 10 de Diciembre de 2010, por prórroga al nombramiento provisional a HELENA ATUESTA NEIRA, CC. No.37.887.493, según resolución 18340 de Diciembre 7 de 2010, y es como a continuación se detalla:

**CONCEPTOS A DEVENGAR**

|  |                  |
|--|------------------|
| SUELDO DEL 13 DE NOVIEMBRE AL 10 DE DICIEMBRE DE 2010 ...(28 DIAS) | 1.142.408        |
| PRIMA DE ALIMENTACION  | 38.473           |
| 1/12 PRIMA de NAVIDAD  | 105.436          |
| <b>TOTAL A DEVENGAR</b>  | <b>1.286.317</b> |

|                              |                |
|------------------------------|----------------|
| <b>PATRONALES</b>            |                |
| ICBF                         | 35.426         |
| CAJA COMPENSACION ( CAJASAN) | 47.235         |
| SENA                         | 5.904          |
| ESAP                         | 5.904          |
| LEY 21                       | 11.809         |
| PREVISION SOCIAL 8,5%        | 97.105         |
| CESANTIAS                    | 107.150        |
| <b>TOTAL PATRONALES</b>      | <b>310.533</b> |

Bucaramanga, Octubre 2 de 2012

*Cecilia Tarazona Ariza*  
CECILIA TARAZONA ARIZA

hacemos país



Certificado No. GP143-1

Certificado No. SC.4317-1



|       |                        |                    |            |                 |
|-------|------------------------|--------------------|------------|-----------------|
| CARTA | Código:<br>AP-GD-RG-05 | Gestión Documental | Versión: 5 | Pág. ___ de ___ |
|-------|------------------------|--------------------|------------|-----------------|

**LA COORDINADORA DEL GRUPO DE LIQUIDACIÓN DE NOMINA DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL**

**CERTIFICA:**

Que revisado el sistema de información del equipo de nómina se verificó que no fue cancelado el tiempo comprendido entre el **13 de Noviembre al 10 de Diciembre de 2010**, por prorroga al nombramiento provisional a **HELENA ATUESTA NEIRA, CC. No.37.887.493**, según resolución 18340 de Diciembre 7 de 2010, y es como a continuación se detalla:

**CONCEPTOS A DEVENGAR**

|   |                  |
|---|------------------|
| <b>SUELDO DEL 13 DE NOVIEMBRE AL 10 DE DICIEMBRE DE 2010 ...(28 DIAS)</b> | <b>1.142.408</b> |
| PRIMA DE ALIMENTACION   | 38.473           |
| 1/12 PRIMA de NAVIDAD   | 105.436          |
| <b>TOTAL A DEVENGAR</b>   | <b>1.286.317</b> |

|                              |                |
|------------------------------|----------------|
| <b>PATRONALES</b>            |                |
| ICBF                         | 35.426         |
| CAJA COMPENSACION ( CAJASAN) | 47.235         |
| SENA                         | 5.904          |
| ESAP                         | 5.904          |
| LEY 21                       | 11.809         |
| PREVISION SOCIAL 8,5%        | 97.105         |
| CESANTIAS ( FIDUPREVISORA)   | 107.150        |
| <b>TOTAL PATRONALES</b>      | <b>310.533</b> |

Los valores adeudados suman un valor total de \$1.596.850 por conceptos a devengar y patronales, correspondientes a 28 días entre el 13 de Noviembre de 2010 al 10 de Diciembre de 2010.

Bucaramanga, Octubre 3 de 2012

*Cecilia Tarazona Ariza*  
CECILIA TARAZONA ARIZA

en Santander  
**hacemos país**



Certificado No. GP143-1

Certificado No. SC 4317-1