

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja,

15 SEP 2016

DEMANDANTE: ROSALBA SÁENZ GARCÍA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2015 00219 - 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. De la demanda:

La señora ROSALBA SÁENZ GARCÍA, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Solicitó la demandante la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 006191 del 09 de octubre de 2014, a través del cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación de la accionante. A título de restablecimiento del derecho, reclama la reliquidación de su pensión con el 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status.

Finalmente, reclamó el pago de las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre el valor pagado y lo que corresponde por reliquidación de la pensión, se hagan los ajustes de valor conforme

al índice de precios al consumidor, se reconozcan intereses moratorios, se dé cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA y se condene en costas.

Alegó la accionante que la entidad demandada debió liquidar la pensión, con el 75% de todos los factores devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, que transcurrió del 24 de mayo de 2006 al 23 de mayo de 2007, tales factores son la asignación básica, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad. Invoca la aplicación del inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los artículos 81 de la Ley 812 de 2003, 15 de la Ley 91 de 1989, 6 de la Ley 60 de 1993, 115 de la Ley 115 de 1994, las Leyes 33 y 62 de 1985 y la sentencia del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010.

2. De la contestación:

2.1. El Departamento de Boyacá, contestó la demanda de forma extemporánea.

2.2. La Nación – Ministerio de Educación Nacional-FNPSM-, compareció al proceso mediante apoderado, para oponerse a las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos:

i) Como quiera que la demandante se vinculó como docente, le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que rige las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden nacional; **ii)** la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema; **iii)** la sentencia del 04 de agosto de 2010 no es vinculante, como quiera que dicha providencia no tiene la calidad de sentencia de unificación jurisprudencial, figura que dice fue introducida por el CPACA.

Propone las excepciones que denomina: **i)** integración del contradictorio; **ii)** falta de legitimación por pasiva y **iii)** prescripción.

3. De los alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar (fl. 153 s), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1. Parte demandante (fl. 170-172): Reitera lo expuesto en la demanda, solicita la aplicación de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y se tenga en cuenta el principio de favorabilidad, en atención a que el derecho que se llegare a reconocer no puede ser menor a lo ya percibido por la demandante, es decir, que si al momento de la reliquidación resulta un valor inferior al reconocido inicialmente, se especifique en la providencia que los efectos de la misma se deben entender por el mayor valor o en lo más favorable, pues no se pueden desmejorar las condiciones de quien demanda.

3.2. La Nación – Ministerio de Educación Nacional-FNPSM-(fl. 195-198): Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3.3 El Departamento de Boyacá (fl. 173-176): Señala que las pretensiones de la demanda deben dirigirse contra quien emitió el acto acusado, que para el caso que nos ocupa es el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como quiera que es a ésta entidad a la que le compete la demanda, toda vez que la Gobernación de Boyacá - Secretaría de Educación no tuvo injerencia en la consolidación y suscripción del acto demandado, por lo que solicita se desvincule del proceso.

II. CONSIDERACIONES:

1. De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Alega la parte demandada que la Nación-Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de la prestación social que se discute en el presente caso, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Afirma que el Ministerio de Educación perdió la facultad de nominador del personal docente oficial, función que pasó a los entes territoriales, a quienes corresponde la administración del personal docente. Señala que los recursos para el pago de las prestaciones del personal docente son manejados

mediante contrato de fiducia, y por ello, el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en los citados recursos ni en el trámite de reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, frente al tema relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, señaló:

*"...No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, **es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales.**"¹ (Negrilla fuera del texto).*

Lo anterior fue reiterado en pronunciamiento de fecha 18 de diciembre de 2014, a través del cual el Máximo Tribunal confirmó una providencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Santander, en la que se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva. Se dijo entonces:

*"...Reitera el Despacho, que en el caso de reconocimiento pensional, la Secretaría de Educación del Municipio del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria, **actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, siendo ésta la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.*

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01 (1048-12). C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Ver también sentencia del 8 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14).

*En efecto, **no hay duda de que es a la fiduciaria representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo**, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.*

Por lo anterior, estima el Despacho que el extremo pasivo de la presente controversia fue bien declarado por el Tribunal, puesto que es a quien le corresponde el pago de la mesadas pensionales de los docentes es a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada para asuntos pensionales por la Secretaría de Educación del ente territorial al cual haya pertenecido la docente, para el caso, Bucaramanga, sin que en ello tenga participación alguna el Municipio de Bucaramanga- Secretaría de Educación Municipal...".²

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 12 de diciembre de 2014, siguiendo la línea del Consejo de Estado, concluyó que la participación de las entidades territoriales en la expedición de los actos administrativos que reconocen y liquidan prestaciones sociales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se enmarca en una labor de simple tramitador, toda vez que actúan como agentes del orden nacional en virtud de la descentralización territorial:

*"...Teniendo en cuenta que la obligación de pago y reconocimiento de las prestaciones sociales está a cargo del Fondo, la suscripción del acto administrativo por el Secretario de Educación **es una mera formalidad que sólo tiene el alcance de enunciar la perfección del acto administrativo, el cual se expide a nombre y en representación del referido Fondo.***

*(...) De las normas citadas, la Sala deduce que, a pesar de ser el Departamento de Boyacá quien proyecta los actos administrativos acusados en la presente acción, **las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia u autónoma.***

*Es preciso advertir que la descentralización determina el ejercicio de competencias propias, y no de un ente diferente, como es la Nación para el caso concreto. Luego, la Secretaría de Educación- Departamento de Boyacá actúa **como agente del orden nacional.**"³ (Negrilla fuera de texto).*

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia de 18 de diciembre de 2014. Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve Auto interlocutorio - apelación. Ver también providencia del 08 de febrero de 2016 Subsección B, Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Providencia del 12 de diciembre de 2014, radicación No. 2012-00062-01. M.P. Fabio Iván Afanador García.

Así las cosas, en vista de que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad que no obedece a un actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se concluye entonces que es este último el llamado a responder por la condena que se llegare a imponer y por ello, atendiendo al precedente fijado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta procedente declarar no probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 18 de julio de 2016 (fl. 140), corresponde al Despacho determinar, si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, y que afirma trascurrió del 24 de mayo de 2006 al 23 de mayo de 2007. Para el efecto, deberá establecer el Despacho el régimen pensional que cobija a la accionante, si resulta aplicable la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, que se invoca en la demanda y si procede la inclusión de un factor salarial no certificado por el empleador, pero reconocido en sede judicial, como lo es el sobresueldo del 20%.

3. TESIS DEL DESPACHO:

El Despacho declarara no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y ordenará la reliquidación de la pensión de la accionante, como quiera que: **i).** al ser beneficiaria del régimen pensional anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003, tiene derecho a que, para efectos del reconocimiento y liquidación de su pensión, se le apliquen las disposiciones de la Ley 33 de 1985, **ii).** conforme a la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010 (rad. 25000232500020060750901) tiene derecho a la reliquidación de la pensión con el 75% de todos los factores salariales que devengó en el año inmediatamente anterior al status (23 de mayo de 2007), incluido el sobresueldo del 20% en razón a que fue reconocido en

sede judicial y devengado en el año status y **iii)**. finalmente declarará la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 06 de agosto de 2011.

4. HECHOS PROBADOS:

La demandante presta sus servicios como docente, desde el 25 de julio de 1977 y a la fecha ejerce en propiedad en el Instituto Educativo Jairo Aníbal Niño de Monquirá Boyacá (fl. 28 c. ppal. y 118 anexo No. 1).

La demandante nació el 23 de mayo de 1952 (fl. 20 c. ppal., 7 y 8 anexo No. 1) y adquirió su año status de pensionada el 23 de mayo de 2007 (fl. 20 c. ppal.).

Que mediante Resolución No. 0554 del 15 de abril de 2008, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Regional Boyacá, le reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 24 de mayo de 2007, la cual fue liquidada solo teniendo en cuenta la asignación básica (fl. 20 s c. ppal. y 3 s anexo No. 1).

La prestación reconocida fue reliquidada mediante Resolución No. 1839 del 18 de noviembre de 2010, en cuantía de \$1.299.242, efectiva a partir del 24 de mayo de 2007, teniendo en cuenta solo la asignación básica (fl. 20 c. ppal. y 23 anexo No. 1).

La demandante presentó recurso de reposición contra la anterior decisión (fl. 27 anexo No. 1), recurso desatado mediante la Resolución No. 000270 del 28 de enero de 2011, confirmado en todas sus partes la recurrida (fl. 23 s anexo No. 1).

Mediante memorial con No. de radicación 2013-PENS-008295 del 30 de mayo de 2013, la demandante solicitó la revisión de su pensión con el fin de que le tuvieran en cuenta el ascenso al grado 13 y el sobresueldo del 20% Ordenanza 23/59 (fl. 102 y 108 anexo No. 1).

A través de la Resolución No. 006757 del 28 de octubre de 2013, la entidad negó la revisión de la pensión de la demandante. (fl. 97)

Que mediante oficio radicado el 06 de agosto de 2014, solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año status (fl. 35 y s).

Que a través de la Resolución No. 006191 del 09 de octubre de 2014, la entidad negó la revisión de la pensión de la demandante. (fl. 26)

La Secretaría de Educación de Boyacá mediante certificación de salarios y devengados expedida el 01 de septiembre de 2016, hizo constar que la señora Rosalba Sáenz García devengó los siguientes factores del 23 de mayo de 2006 al 23 de mayo de 2007 (año del status de pensionada): asignación básica, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad (fl. 236 s).

Según oficio radicado No. 20166210292361 del 02 de septiembre de 2016 suscrito por la Tesorera Departamental de Boyacá, se hizo constar que como consecuencia del proceso ejecutivo laboral No. 2007-0120 adelantado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja se canceló a la accionante por concepto de sobresueldo del 20% el devengado entre el 1º de enero de 2004 al 22 de mayo de 2007 (fl. 240).

5. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES:

El Despacho destaca que las normas que rigen el derecho pensional de la demandante son las siguientes: el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 señala que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el **establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley**. A renglón seguido señala que *"Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, ..."*.

Es así, que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda, según la fecha en que se hayan vinculado al servicio, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial.

Así, el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), **es el establecido en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha**, en cambio el de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En concordancia con lo anterior, recuérdese en primer lugar que el Decreto 2277 de 1979 *"Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, nada dispuso respecto al régimen pensional de los docentes; fue la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"* la que se ocupó del tema disponiendo que: **i).** los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes y; **ii).** los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, **o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.** Por su parte, las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 remiten a la Ley 91 de 1989, tratándose de la materia prestacional.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior por el Despacho, se dirá: **i).** el Consejo de Estado ha precisado que las normas vigentes a la fecha en se expidió la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre de 1989), no eran otras que las Leyes 33 y 62 de 1985, normas generales del sector público que dejaron a salvo los régimen exceptuados y estableció un régimen de transición remitiendo a las normas anteriores, como los Decretos 3135, 1848 y 1045 citados; **ii).** el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ello, es hasta la vigencia de la Ley 812 de 2003 que resulta aplicable a los docentes oficiales las disposiciones de la Ley 100 de 1993, y por ello, también, la aplicación de las normas anteriores a esta última se hace en virtud de la remisión que hace la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, y no del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Como la demandante ingresó al servicio docente oficial el **25 de julio de 1977**, según se desprende de la Resolución No. 0554 del 2008, por la cual se reconoció la pensión de jubilación a la actora por haber adquirido el status de pensionada (folio. 20 y 28), es evidente que el régimen pensional de la actora es el anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 (según remisión que hace la Ley 812 de 2003), es decir, que tiene derecho a que, para efectos del reconocimiento y liquidación de su pensión de jubilación, se le apliquen las disposiciones de la Ley 33 de 1985. Precisa el Despacho que quien demanda no se encuentra en el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 y que remite a normas anteriores a ésta, por lo cual, se repite, el presente caso habrá de analizarse y decidirse a la luz de las leyes 33 y 62 de 1985.

En el sub examine nada se discute respecto al cumplimiento de las condiciones de edad y tiempo de servicios de quien demanda, por lo que procederá el Despacho a referirse al monto de la pensión, ya que en torno a este último punto gira la controversia en el asunto de la referencia.

5.1. Del monto y los factores de liquidación:

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 estableció que el monto de la pensión de jubilación a que tendrían derecho los servidores públicos cobijados por ésta sería equivalente **i)** al setenta y cinco por ciento (75%) **ii)** del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Ahora bien, respecto a los factores base de liquidación de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) unificó criterio de interpretación, al señalar que *"...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*⁴. Pronunciamiento que se apoyó en la sentencia que consideró lo mismo al interpretar el artículo 45 del Decreto 1045 de 19785. En la sentencia de unificación se dejó claro que debía disponerse el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal alguna.

En lo que respecta al argumento expuesto por la parte demandada, en el sentido que la sentencia del 04 de agosto de 2010 no tiene la condición de sentencia de unificación, dado que no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 271 del CPACA, el Despacho remite a los argumentos expuestos sobre particular por la Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de febrero de 2012, radicado interno 2069, que concluyó que la sentencia del 04 de agosto de 2010, sí tiene la fuerza vinculante de un precedente de unificación.

⁴CE 2, Ago. 4 de 2010, e 0112-2009, V. Alvarado.

⁵ CE 2, Jul. 9 de 2009, e 0208-2007, B. Ramírez.

Así las cosas y según lo expuesto hasta el momento, quien demanda, como beneficiaria del régimen pensional establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y aplicando la pluricitada sentencia de unificación del Consejo de Estado, tiene derecho a una pensión de jubilación correspondiente al 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al que adquirió el status de pensionada.

Se advierte que en el asunto de la referencia, la reliquidación de la pensión se ordena a partir de la fecha en que adquirió el status de pensionada y no a partir del retiro del servicio, como quiera que la demandante a la fecha se encuentra activa en el servicio docente.

De igual forma, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁶ se pronunció frente a la doble asignación de erario público que ostentan los docentes del régimen especial, en los siguientes términos:

*"Según las previsiones⁷ del decreto la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. **En efecto, los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo** (Decreto 224 de 1972, art. 5), pueden gozar de pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de pensión gracia y pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las leyes 91 de 1989; 100 de 1993, en su artículo 279; 60 de 1993, en su artículo 6, y 115 de 1994, en su artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional." (Negrilla fuera del texto)*

Por su parte, el Consejo de Estado⁸ aclaró que tal excepción fue prohibida con el Decreto 1278 de 2002, que determinó que los docentes de los niveles de preescolar, básica o media que se vincularan en vigencia del referido decreto o se asimilara al nuevo escalafón docente no podían simultáneamente desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido, ni gozar de pensión de jubilación, vejez, gracia o similares.

Así las cosas, como quiera que la demandante fue vinculada al servicio docente desde 1977, esto es, con anterioridad a la vigencia del Decreto 1278 de 2002, no le es aplicable la prohibición allí

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Descongestión No. 9. Sentencia del 08 de noviembre de 2012. Rad. 150012331003200800457-00. M.P. DR. César Humberto Sierra Peña

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "B". Ref: 250002325000200106993 01. M.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia del 07 de febrero de 2013. Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00042-01(2642-11). C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

consagrada y por ende se hace acreedora del derecho a devengar salario y pensión simultáneamente.

6. DEL CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado que la accionante adquirió su status de pensionada el 23 de mayo de 2007 (fl. 20). Durante el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, la accionante devengó según certificación de la Secretaría de Educación de Boyacá (fl. 32 s): asignación básica, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad, y mediante proceso ejecutivo laboral le fue reconocido el sobresueldo del 20% el cual devengó entre el 1º de enero de 2004 al 22 de mayo de 2007 (fl. 240).

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 0554 del 15 de abril de 2008 (fls. 20-22), dispuso reconocer y pagar a la señora Rosalba Sáenz García una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.173.740 m/cte., efectiva a partir del 24 de mayo de 2007, liquidada sobre la **asignación básica**; posteriormente la referida prestación fue reliquidada teniendo en cuenta el ascenso en el escalafón docente al grado 13 mediante Resolución No. 1839 del 18 de noviembre de 2010 (fl. 23-25) en cuantía de \$1.299.242 m/cte., efectiva a partir del 24 de mayo de 2007, en la cual nuevamente solo se tuvo en cuenta la **asignación básica**.

Por lo tanto, acogiendo el criterio jurisprudencial antedicho, es claro que en el presente caso ha debido liquidarse la pensión de la demandante en cuantía del 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, no solo con base en la asignación básica, sino teniendo en cuenta los demás factores salariales certificados, es decir, la prima de grado, de navidad y de vacaciones más el sobresueldo del 20% que fue reconocido judicialmente.

7.1. De la prima de navidad:

Respecto a la prima de navidad como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación, señálese que esta se encuentra enunciada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 como factor de salario *"para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales"*. Si bien es cierto que el mencionado decreto no ampara el derecho pensional de quien demanda, pues, como ya se expuso, el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; también lo es, que el

Consejo de Estado ha señalado que los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (sin ser taxativos) "*constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional*"⁹. Por lo que procede la inclusión del mismo dentro del IBL.

7.2. Del sobresueldo del 20% (Ordenanza 023 de 1959):

Frente al sobresueldo del 20% este fue definido como factor salarial por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁰ en los siguientes términos:

(...) De esta manera, tal y como se ha definido el salario, es viable concluir que el porcentaje del 20% que reclama la actora y que tiene su origen en la Ordenanza 23 de 1959, tiene la naturaleza de factor salarial, en cuanto fue creado para que el trabajador lo recibiera de manera permanente e ingresara a su patrimonio por la prestación continua de sus servicios. Dicho porcentaje sería liquidable sobre la asignación básica devengada por el servidor, entendiendo por asignación básica la retribución correspondiente a cada empleo y que según el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978 está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y grado establecidos en la nomenclatura y escala del respectivo nivel. "(Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá¹¹ señaló que dicho emolumento ostentaba el carácter de factor salarial por cuanto "*(...) su creación tuvo como finalidad que el trabajador - en este caso docente- lo recibiera de forma permanente e ingresara a su patrimonio como consecuencia de la prestación de sus servicios, (...)*".

Ahora bien, como quiera que este factor para el caso que nos ocupa fue reconocido por orden judicial, el Tribunal Administrativo de Boyacá¹² al respecto precisó que había lugar a incluirlo en el IBL en razón a que fue devengado y percibido como factor salarial por los docentes favorecidos con dicha ordenanza, en los siguientes términos:

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 8 de agosto de 2011, expediente 1120-09. M.P. Alfonso Vargas Rincón

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07). M. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 05 de noviembre de 2015. Expediente: 15001333300220140009901. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 11 de marzo de 2016. Expediente: 15238-33 -33-001-2013-00303-01. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana.

"(...) que al existir un pronunciamiento judicial con efectos de cosa juzgada, consistente en la orden de pagar el sobre sueldo del 20%, la discusión en torno a si es o no es un derecho adquirido del demandante pierde toda relevancia, como quiera que el disfrute del beneficio en cuestión está amparado con la decisión de un juez de la Republica que no fue cuestionada en su momento, y que tampoco puede serlo en esta oportunidad pues el C.P.A.C.A, no contempló un mecanismo o procedimiento para inobservar los efectos de decisiones judiciales dentro del proceso contencioso administrativo. De modo que en estos casos hay lugar a incluir el monumento reclamado, además porque en virtud de la orden de pago, los docentes favorecidos devengaron y percibieron el sobresueldo como factor salarial.

No sobra recordar que la cosa juzgada es un privilegio del que gozan las decisiones del juez, y que su fundamento está anclado en principios de orden superior como el de la seguridad jurídica y la buena fe, que le imprime a los fallos judiciales un carácter inmutable.

(...) En ese orden de ideas, queda demostrado que entre el 27 de enero de 2006 y el 26 de enero de 2007 año anterior a la adquisición del estatus pensional, la parte actora devengó el derecho al sobresueldo del 20% y que por virtud del mandamiento de pago se ordenó cancelarlo a partir el 1° de junio de 2004.

Para la Sala no hay lugar a dudas que en razón de lo decidido en el proceso ejecutivo laboral la demandante devengó el factor salarial en concreto, en el entendido de que "devengar" es términos de una relación laboral subordinada, es equivalente a tener derecho a recibir determinados emolumentos, por lo que dicho factor debe ser considerado por la accionada a efectos de liquidar la pensión gracia reconocida.

Sobre un asunto similar al debatido la Sala de decisión No. 1 de éste Tribunal' precisó:

"En otras palabras, los factores salariales reconocidos por orden judicial, se entienden como devengados para el tiempo en que se ordene en el fallo, y son válidos para el reconocimiento de la pensión gracia siempre que en la sentencia judicial se manifiesta que debieron ser cancelados para el año status del demandante". (Subrayado del texto)"

Así la cosas, se advierte que si bien en la demanda no se hace referencia al sobresueldo del 20% expresamente, también lo es, que de la pretensión primera se entiende que la parte actora pretende se le incluyan todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al status de pensionada (23 de mayo de 2006 al 23 de mayo de 2007), periodo de tiempo dentro del cual se encuentra acreditado que devengó adicionalmente dicho sobresueldo, según se desprende de la certificación suscrita por la Tesorera Departamental de Boyacá donde se hace constar el pago

efectuado por dicho concepto de los años 2004 al 2007, por lo que es del caso en atención a lo señalado por la jurisprudencia, en virtud del principio de economía procesal y en razón a que fue devengado en el año inmediatamente anterior al status de pensionada, ordenar la inclusión del mismo dentro del IBL y por ende en la reliquidación de la pensión de jubilación.

8. CONCLUSION:

En consecuencia, se declarará la nulidad de la Resolución acusada No. 006191 del 09 de octubre de 2014, proferida por el FNPSM y a través del cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación de la accionante.

En su lugar, y a título de restablecimiento del derecho, de ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con el 75% de todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, estos es, además del ya reconocido (asignación básica), la prima de grado, de navidad, de vacaciones y el sobresueldo del 20%, efectiva a partir de la fecha de adquisición del status de pensionada, esto es, desde el 23 de mayo de 2007.

9. DE LA PRESCRIPCIÓN:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: **i)** el simple reclamo escrito del empleado, **ii)** presentado ante la autoridad competente, e **iii)** identificando el derecho o prestación reclamado.

Pues bien, se observa que la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación el 06 de agosto de 2014 (fl. 35 s), por lo que se observa que con dicha solicitud se interrumpió tal prescripción por un término igual de 3 años, que a la fecha de presentación de la demanda aún no había transcurrido (pues la demanda se presentó el 11 de noviembre de 2015 (fl. 41). Así se tiene que el fenómeno prescriptivo afectó la diferencia de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 06 de agosto de 2011.

10. DE LOS APORTES:

En virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, debe existir correspondencia entre los factores sobre los que se calculan los aportes a la seguridad social y los que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión. En casos como en el presente, en el que no se cotizó respecto de los factores con los que se ordena la reliquidación de la prestación, se impone ordenar a la entidad demandada que al momento de reconocer y pagar las diferencias causadas, efectúe el descuento que corresponda a los aportes sobre aquel factor que no fue objeto de cotización en su momento.

Atendiendo la posición asumida y reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la obligación del servidor de aportar a seguridad social sobre todos los factores devengados, debe estar sujeta a un término de prescripción, como lo están todas las obligaciones, por lo que, dada su naturaleza de contribuciones parafiscales, debe acudirse para el efecto al artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece un término de prescripción de la acción de cobro de cinco (5) años¹³.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que efectúe las deducciones por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordenan incluir en la base de liquidación, respecto de los cinco (5) años anteriores a la adquisición del status de pensionada (2002-2006). Estos descuentos deberán ser actualizados conforme al IPC y no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor quien demanda, y de ser superiores, solamente se podrá descontar hasta la cuantía de éstas últimas. Lo anterior, según pauta fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, bajo el siguiente razonamiento: *"sí quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvención, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna"*¹⁴.

11. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el expediente con los gastos ordinarios del proceso

¹³ Ver entre otras providencia la del 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz

¹⁴ *Ibidem*.

en que incurrió el demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que lo representara en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de la condena.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar **NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: Declarar la **NULIDAD** de la Resolución No. 006191 del 09 de octubre de 2014, proferida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide la pensión de jubilación de la señora Rosalba Sáenz García, a partir del 23 de mayo de 2007, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada– 23 de mayo de 2006 al 23 de mayo de 2007–, estos son, además del ya reconocido por la entidad (asignación básica): la **prima de grado, prima de navidad, prima de vacaciones y sobresueldo del 20%.**

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a favor de la demandante la diferencia entre las mesadas

pensionales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **06 de agosto de 2011**, por haber operado el fenómeno de prescripción de las diferencias de las mesadas causadas antes de esta fecha. Sumas éstas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y de las cuales deberán hacerse los descuentos para con destino al sistema de seguridad social.

QUINTO: Las sumas que resulten en favor de la accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Además, se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de las diferencias salariales, deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

SEXTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá descontar de las anteriores sumas los aportes que no se hubieran efectuado para pensión sobre el factor con el que se ordena la reliquidación, correspondiente a los cinco (5) años anteriores a la adquisición del status de pensionada (2002-2006) de la señora Rosalba Sáenz García por prescripción extintiva, teniendo en cuenta que adquirió su status de pensionada el 23 de mayo de 2007; sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superara el valor de la condena a su favor.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

DECIMO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho la suma del 1% del valor de la condena.

DECIMO PRIMERO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes.

DECIMO SEGUNDO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

DECIMO TERCERO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez