



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

Tunja, treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017)

DEMANDANTE: MARCO TULIO FACHE FUYA
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**
RADICACIÓN: 15001 333 011 2016 00116-00
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

ASUNTO A RESOLVER:

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

I. ANTECEDENTES:

1.- De la demanda y tesis del demandante (fl. 2-13 y 71 vto.):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor MARCO TULIO FACHE FUYA, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 0459 del 23 de abril de 2010, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho reclama la reliquidación de su pensión con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, esto es, además de los ya reconocidos, el sobresueldo del 20% - Ordenanza 23 de 1959- y la bonificación de difícil acceso.

Así mismo, solicita el pago de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, que sobre las sumas adeudadas se incorporen los ajustes de valor conforme al artículo 187 del CPACA, que se condene al pago de intereses moratorios teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 192 del CPACA y al pago de costas y agencias en derecho.

Señala 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 pensional, que transcurrió del 18 de abril de 2008 al 17 de abril de 2009. Los factores que reclama son el **sobresueldo del 20% -Ordenanza No. 23 de 1959- y la bonificación de difícil acceso**. Invoca la aplicación de los artículos 15 de la Ley 91 de 1989, 6 de la Ley 60 de 1993, 115 de la Ley 115 de 1994, 81 de la Ley 812 de 2003.

2.- De la contestación y la tesis de la entidad demandada (fl. 52-58 y 71 vto.):

Señala que se opone a las declaraciones y condenas, al considerar que: **i)** el demandante se vinculó como docente, por lo que le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que rigen 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 que invoca el actor de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010 no es vinculante, como quiera que dicha providencia no tiene la calidad de sentencia de unificación jurisprudencial, figura que fue introducida por el CPACA.; **iv)** la interpretación correcta en el tema de los factores, a tener en cuenta, al momento de liquidar las pensiones es taxativa, según lo advirtió el M.P. Gerardo Arenas Monsalve en su salvamento de voto de la sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2010, por estar acorde con el inciso 12 del artículo 48 Constitucional y la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013.

Por último, formula las excepciones de "**vinculación del litisconsorte**", "**falta de legitimación por pasiva**" y "**prescripción**".

3.- De los alegatos de conclusión:

En el término de traslado para alegar (fl. 181), el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto; la parte actora y la entidad demandada se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- Parte demandante (fl.183-186): Reitera las pretensiones de la demanda, señalando que mediante fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja obtuvo el pago del sobresueldo

del 20%, y que mediante oficio N° 6790 del 27 de julio de 2016 la entidad nominadora le certificó que devengó la bonificación de difícil acceso, por lo que considera que su pensión debe ser reajustada teniendo en cuenta los referidos factores y no solo aquellos que se encuentren enlistados o sobre los cuales se halla efectuado aportes para pensión.

3.2.- Parte demandada (fl.187-188): Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones como quiera que al demandante no le asiste el derecho que reclama, pues las leyes 33 y 62 de 1985 son las que establecen claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no están los solicitados por el actor. Así mismo, pide se declaren probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

II. CONSIDERACIONES:

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

Alega la entidad demandada que la Nación-Ministerio de Educación Nacional **i)** no expidió los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales que se discuten en el presente caso, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005; **ii)** que perdió la facultad de nominador del personal docente oficial, función que pasó a los entes territoriales, a quienes corresponde la administración del personal docente; y **iii)** que no tiene injerencia alguna en el trámite de reconocimiento pensional ni en la destinación de los recursos para el pago de las prestaciones del personal docente toda vez que los mismos son manejados mediante contrato de fiducia.

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).²

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 12 de diciembre de 2014, siguiendo la línea argumentativa 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.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 08 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² Lo anterior fue reiterado en pronunciamiento de fecha 08 de febrero de 2016, a través del cual el Máximo Tribunal confirmó una providencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Atlántico, en la que se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva. Se dijo entonces:

"...Reitera el Despacho conforme lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia, que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas las cesantías, 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.

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.

Bajo estos supuestos, (...) 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 la docente peticionaria, 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 "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."**

Así las cosas, estima el Despacho que debe prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por el Departamento del Atlántico en razón a que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante...

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.

192

(...) 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).

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 éste 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:

La controversia se circunscribe al estudio de legalidad de la Resolución No. 0459 de fecha 23 de abril de 2010, proferida por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. Para el efecto se deberá determinar el régimen pensional aplicable al demandante y si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) teniendo en cuenta para su liquidación todos los factores salariales devengados en el año de adquisición del status pensional, incluyendo el Sobresueldo del 20% -Ordenanza 23 de 1959- y la bonificación de difícil acceso.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

3.- MARCO JURÍDICO:

3.1.- Régimen pensional de los docentes:

El Despacho destaca que las normas que rigen el derecho pensional del demandante son las siguientes: el artículo 81 de la Ley 812 de 2003

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

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**, sin que termine el 31 de julio de 2010; 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, es de recordar en primer término 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, sino que 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 01 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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, en lo que refiere a asuntos prestacionales.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior por el Despacho, es pertinente aclarar que: **i)** el Consejo de Estado ha precisado que las normas vigentes a la fecha en que 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 regímenes 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 que con posterioridad a la entrada en 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.**

Así, como el demandante ingresó al servicio docente al servicio del estado el 26 de septiembre de 1977, según se desprende de la Resolución No. 0459 del 23 de abril de 2010, por la cual se reconoció y ordenó el pago de su pensión vitalicia de jubilación (fl. 14-16) y de la certificación de tiempo de servicio expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá del 12 de noviembre de 2009 (fl. 104), es evidente que el régimen pensional que lo cobija 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, el presente caso habrá de analizarse y decidirse a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Teniendo en cuenta que en el sub examine nada se discute respecto al cumplimiento de las condiciones de edad y tiempo de servicios de quien demanda, el Despacho procederá a referirse especialmente a los factores que deben ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación, ya que en torno a este punto gira la controversia en el asunto de la referencia.

4. 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, modificada por el artículo 1° 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 el criterio de interpretación, considerando que *"...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, (...), 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) (Negrita fuera de texto). Pronunciamiento que se apoyó en sentencia que consideró lo mismo al interpretar al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (5). 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 deducción legal alguna.

Así las cosas, quien demanda, como beneficiario 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 último año de prestación de servicios.

De igual forma, ha de señalarse respecto de los factores salariales devengados por anualidades como lo son la bonificación por servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios, el reajuste se realizará sobre una doceava parte de tales factores.⁶

5. Aplicación de la sentencia C-258 de 2011.

El Despacho considera que el anterior pronunciamiento jurisprudencial invocado por la entidad demandada no es aplicable al presente caso, como quiera que en tal providencia se aborda el análisis del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no aplicable a los docentes. Máxime si se tiene en cuenta que el artículo 279 ibídem excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quienes, como se señaló, siempre que estuvieran vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les serían aplicables las Leyes 33 y 62

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

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

⁶ Sentencias del Tribunal Administrativo de Boyacá proferidas el 15 de diciembre de 2016, dentro de los procesos 15001 3333 011 **2014 00097-02** y 15001 3333 011 **2014-00210-01** M.P. Dr. Fabio Iván Afanador García.

1914

de 1985, no por remisión del régimen de transición de la Ley 100, sino como consecuencia de las remisiones contenidas en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003.

6. Del sobresueldo del 20%.

El Despacho advierte que el sobresueldo del 20% de antaño fue reconocido como factor salarial por la Sala de Consulta y Servicio Civil mediante concepto radicado bajo el número: 954 del veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997). Así mismo, lo señaló la Sección Segunda del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al manifestar:

*"En este orden de ideas, resulta válido afirmar que **el porcentaje del 20% previsto por la Ordenanza No. 54 de 1967 tiene la naturaleza de factor salarial**, toda vez que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador y no pretende cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido. Además, el aludido porcentaje sería liquidable sobre la asignación básica devengada por el servidor, esto es, la retribución correspondiente a cada empleo en atención a las funciones y responsabilidades asignadas y a los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y grado establecidos en la nomenclatura y escala del respectivo nivel."*⁷ (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá⁸ 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, (...)".

Así mismo, la Sala de Decisión No. 2 de la referida Corporación⁹ precisó que cuando se acredita que dicho emolumento fue reconocido por orden judicial, había lugar a incluirlo en el IBL como quiera que fue devengado y percibido como factor salarial por los docentes favorecidos con dicha ordenanza, así:

"(...) Podría argumentarse que para acceder a esa pretensión tales docentes tienen la carga de demostrar que mientras estuvo vigente la Ordenanza 23 de 1959, devengaron ese beneficio para poder alegar en su favor la existencia de un derecho adquirido. No obstante, sucede que al existir un pronunciamiento judicial con efectos de cosa juzgada,

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 30 de junio de 2011. Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00902-01(2031-09). C.P.: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Ministerio de Educación Nacional. En igual sentido: Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 25 de enero de 2007. CP: Jesús María Lemus. Exp: 2748-05

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 05 de noviembre de 2015. Expediente: 15001333300220140009901. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 29 de junio de 2016. Expediente: 15001333300520140013101. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana.

consistente en la orden de pagar el sobresueldo 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."

Posición que luego fue reiterada, por la Sala de Decisión No. 6 del referido Tribunal¹⁰ pero en los siguientes términos: *"el sobresueldo del 20% debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del actor, primero, porque se encuentra acreditado que lo devengó en el último año de servicios prestados, y segundo, porque en el presente proceso no se está debatiendo la legalidad del mismo, tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 25 de enero de 2007 al indicar que "el sobresueldo es un derecho adquirido (...) **constituye una situación consolidada, no susceptible de discutir en este proceso y como la norma ordena incluir todo lo que constituye salario, como lo es, a no dudar, el sobresueldo como le fue pagado, tal como se hace constar se ordenará su inclusión**".* (Negrilla y subrayado fuera del texto).

No obstante, se observa que en un reciente pronunciamiento la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá¹¹ luego de reiterar la calidad de factor salarial del sobresueldo del 20%¹², procedió a analizar la época y forma de vinculación de la docente y concluyó respecto de la inclusión del referido sobresueldo para efectos de reliquidar la pensión gracia, que dicho factor no le era aplicable a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975 habida cuenta que la Ordenanza 023 de 1959 había sido creada solo para los docentes del Departamento de Boyacá y que por ende *"no era procedente aplicar factores de salario regulados por normas del orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal y nacional, toda vez que los docentes al*

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 18 de abril de 2017. Radicado: 15001333301520150000701. M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 14 de junio de 2017, Radicado: 15001 3333 015 2015 00032-01, sala de decisión No. 5, M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

¹² "Pues bien, como ya se dijo a juicio de la Sala, el sobresueldo del 20% creado mediante ordenanza No. 023 de 1959 constituye salario, porque remunera directamente la prestación del servicio (...).

(...) Bajo el anterior marco normativo y jurisprudencial se infiere que la Asamblea de Boyacá era competente para crear el sobresueldo del 20%, en las condiciones previstas en el artículo 20 de la Ordenanza 23 de 1959 y que esta no sobrevino inconstitucional con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, pues dicha Corporación Administrativa si era competente en esa época para crear el sobresueldo del 20% al tratarse de un factor salarial."

1985

ser nacionalizados por la Ley 43 de 1975, se rigen por normas de nivel nacional”.

Adicionalmente refirió que tampoco podían ser beneficiarios del aludido 20% aquellos que se hubieren vinculado al servicio público de la educación con posterioridad al Acto Legislativo No. 1 de 1968, en los siguientes términos: *“ En este sentido como ha manifestado el Consejo de Estado, no puede predicarse que tenga derecho adquirido producto de la consolidación del derecho en vigencia de la norma departamental creadora del sobresueldo del 20%, es decir, en vigencia de la Ordenanza 023 de 1959, en razón a que no se demuestra que mientras estuvo vigente la referida Ordenanza, se hubiese consolidado en su favor el beneficio reclamado.”*

Sobre el particular precisa el Despacho que si bien en la citada posición se niega la inclusión del sobresueldo del 20% a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975 o al Acto Legislativo No. 1 de 1968, también lo es, que tal decisión atañe a la reliquidación de la pensión gracia, y no se observa que dicha negativa se haya hecho también extensiva a las pensiones de jubilación de los docentes que deba también aplicarse a la pensión ordinaria y más concretamente a este caso, siendo aplicable el precedente citado en precedencia, conforme al cual además de su reconocimiento como factor salarial en las pensiones de jubilación, le da la connotación de un derecho adquirido en atención a una decisión judicial que no es susceptible de ser discutida pues hace tránsito a cosa juzgada, por lo que el Despacho dará aplicación al mismo.

7. De la bonificación del 15% por difícil acceso.

Al respecto dirá el Despacho que la misma no puede ser tenida en cuenta para efecto de la reliquidación de la pensión, como quiera que el artículo 5 del Decreto 521 de 2010¹³, por medio del cual se derogó el Decreto 1171 de 2004¹⁴, dispuso que la bonificación equivalente al 15% del salario básico devengado por los docentes que laboren en instituciones educativas estatales ubicadas en zonas de difícil acceso, no constituiría factor salarial ni prestacional para ningún efecto.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá en recientes pronunciamientos, luego de hacer un análisis de la naturaleza jurídica

¹³ Por el cual se reglamentan parcialmente el inciso 6 del artículo 24 de la ley 715 de 2001 y el artículo 2 de la ley 1297 de 2009, en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en las zonas de difícil acceso

¹⁴ Decreto 1171 de 2004 "Por el cual se reglamenta el inciso 6º del artículo 24 de la Ley 715 de 2001 en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en áreas rurales de difícil acceso."

de la referida bonificación, concluyó que no constituía factor salarial, así:

*"(...) tal emolumento no debe ser incluido en el ingreso base liquidación de la pensión de jubilación, toda vez que la naturaleza del mismo corresponde a una prestación social, por cuanto en su momento se creó como un estímulo para que los docentes accedieran a prestar sus servicios en regiones donde se dificultaba lograr la cobertura necesaria en la prestación del servicio educativo, de lo cual se infiere que no tiene relación directa ni con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario de la prestación sino que pretende compensar las especiales circunstancias en que se presta el servicio, es decir que está encaminada a cubrir las contingencias o eventuales riesgos en que pueda encontrarse el empleado por laborar en dichas zonas.
(...)*

Concomitante a lo anterior, otra razón para considerarlo como una prestación social es que fue creado sin atender criterios objetivos o subjetivos del docente, sino que se trata de una prebenda otorgada a TODOS los docentes que laboraran en las instituciones educativas ubicadas en las zonas de difícil acceso, sin excepción alguna, es decir sin importar el cargo, jerarquía, antigüedad, conocimientos académicos, etc.

De suerte que, esta bonificación NO constituye factor salarial, sino que es por su naturaleza una prestación social en cuanto busca cubrir una contingencia especial que tendrían que soportar los docentes que laboraran en las condiciones antedichas"¹⁵

8.- CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado entonces que el accionante nació el 17 de abril de 1954 (fl. 102), y se vinculó como docente nacionalizado el 26 de septiembre de 1977 (fl. 104), adquiriendo el status de pensionado el día 17 de abril de 2009 (fl. 14, 82 y 84), por lo que durante el año anterior a la fecha de adquisición del status, devengó según certificaciones expedidas por la Secretaría de Educación de Boyacá: **asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones y prima de navidad.** (fl. 21-26 y 109-112).

Mediante **Decreto No. 01540 del 30 de marzo de 2009**, la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá aceptó la renuncia del señor MARCO TULLIO FACHE FUYA en el cargo de docente a partir del 16 de abril de 2009 (fl. 103).

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la **Resolución No. 0459 del 23 de abril de 2010** (fls. 14-16 y 84-

¹⁵ Sentencia proferida por la Sala de Decisión No. 5, de fecha 14 de diciembre de 2016, radicado No.: 15238 3333 752 2015 00050-01, demandante: Cecilia Torres Pérez, M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros; También en sentencia del 12 de octubre de 2016, radicado No. 15001 3333 007 2013 00275-01 demandante: Luis Danilo Rodríguez Cuevas, del mismo Magistrado.

86), dispuso reconocer y pagar al docente MARCO TULIO FACHE FUYA una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.802.901 m/cte., efectiva a partir del 18 de abril de 2009, teniendo en cuenta la **asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones y prima de navidad.**

Se encuentra probado según certificación emitida por la Secretaria del Juzgado Tercero Laboral del Circuito Judicial de Tunja, en dicho Despacho cursó el proceso ejecutivo laboral No. 2009-00202, adelantado por el señor MARCO TULIO FACHE FUYA en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN-, en el cual se libró mandamiento de pago el 29 de septiembre de 2009 por concepto de sobresueldo del 20% de la remuneración básica que devengaba el demandante, durante el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2007 hasta el 16 de abril de 2009, y que dicho proceso se encuentra terminado por pago total de la obligación (fl. 28-38).

Conforme a lo anterior, se evidencia entonces que el demandante efectivamente devengó el sobresueldo del 20% durante el año anterior a la consolidación del status pensional, transcurrido desde del **18 de abril de 2008 al 17 de abril de 2009**, pues aunque haya sido reconocido con posterioridad, ello corresponde precisamente a los años 2007 a 2009.

Por lo tanto, acogiendo el criterio jurisprudencial antedicho, es claro que en el presente caso ha debido liquidarse la pensión del demandante en cuantía del 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionado (18 de abril de 2008 al 17 de abril de 2009), teniendo en cuenta además de la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones, prima de navidad, **el sobresueldo del 20%** que fue reconocido judicialmente.

Finalmente, se observa que mediante oficio No. 1.2.7.38-2016PQR32445 de fecha 27 de julio de 2016, la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá informó que el demandante laboró en la CE Quichatoque, sede Chiguata del Municipio de Tibaná considerada según el Decreto 1986 de 2006 zona de difícil acceso, por lo que por dicho concepto le fue cancelada la prestación del servicio desempeñada en el año 2009 y que culminó el 15 de abril del referido año. (fl.27).

No obstante, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial señalado en precedencia no es procedente la inclusión en el IBL para

efectos de la reliquidación de la pensión de la bonificación de difícil acceso, como quiera que no constituye factor salarial.

9. CONCLUSIÓN:

En atención a lo expuesto, el Despacho procederá a declarar la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. 0459 del 23 de abril de 2010 en lo que refiere al valor de la mesada liquidada, esto es, *"la suma de un millón ochocientos dos mil novecientos un pesos (\$1.802.901) M/CTE..."*

En su lugar y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación del señor MARCO TULIO FACHE FUYA con el 75% de todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado (18 de abril de 2008 al 17 de abril de 2009), estos son además de los ya reconocidos (asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones y prima de navidad), **el sobresueldo del 20%**. Reliquidación efectiva a partir del día siguiente a la fecha de adquisición del estatus de pensionado, esto es, desde el **18 de abril de 2009**, sin perjuicio de las mesadas que se vieron afectadas por la prescripción.

Así mismo se ordenará el pago de las diferencias que resultaren entre la mesada ya reconocida por la entidad y la que se liquide conforme a lo expuesto en esta sentencia.

10.- 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 encuentra probado que el demandante adquirió el status de pensionado el 17 de abril de 2009, según se desprende de la Resolución No. 0459 del **23 de abril de 2010**, por medio de la cual le fue reconocida pensión de jubilación (fl. 14-16) y presentó demanda el **29 de agosto de 2016** (fl. 13 vto. y 40) solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación con todo lo devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, por lo que se observa que el

197

fenómeno prescriptivo afectó la diferencia de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **29 de agosto de 2013**.

11.- 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 del factor con el 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) años¹⁶.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que efectúe las deducciones que correspondan 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 de la vida laboral del demandante, teniendo en cuenta que le fue aceptada renuncia a partir del 16 de abril de 2009 (fl. 103); 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: *"si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvenición, 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"*¹⁷.

¹⁶ Ver entre otras providencia la del 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz

¹⁷ *Ibidem*.

Se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

Se ordenará el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, "*Las cantidades liquidadas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código*".

12. 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 en que incurrió el demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara los intereses de la demandante 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 C.G.P.

Así, en los términos del artículo 5º numeral 1¹⁸ del Acuerdo 10554 de 2016¹⁹ se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones de la demanda²⁰, por tratarse de un proceso declarativo de contenido pecuniario en primera instancia, esto es, la suma de un millón ciento noventa y seis mil con veintiocho pesos y noventa y seis centavos (\$1.196.028,96).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁸ "(...) En primera instancia. A. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (...)"

¹⁹ "**ARTÍCULO 7º.** Vigencia. El presente acuerdo rige a partir de su publicación **y se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha.** Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222 de 2003 y 9943 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura."

²⁰ Fl. 13.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo primero de la Resolución No. 0459 del 23 de abril de 2010, proferida por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: 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 del señor MARCO TULIO FACHE FUYA identificado con C.C. No. 6.759.849 de Tunja , **efectiva a partir del 18 de abril de 2009**, 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 pensionado como docente, que comprende desde el 18 de abril de 2008 al 17 de abril de 2009, estos son además de los ya reconocidos (asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones y prima de navidad), **el sobresueldo del 20%.**

TERCERO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a favor del demandante la diferencia entre las mesadas pensionales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **29 de agosto de 2013**, 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 con destino al sistema de seguridad social.

CUARTO: Las sumas que resulten en favor del 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).

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.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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 los factores con los que se ordena la reliquidación, correspondiente a los cinco (5) años anteriores de la vida laboral de MARCO TULIO FACHE FUYA, por prescripción extintiva, teniendo en cuenta que le fue aceptada renuncia a partir del 16 de abril de 2009 (fl. 103); sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superar el valor de la condena a su favor.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: CONDENAR 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.

NOVENO: En los términos del artículo 5º numeral 1 del Acuerdo 10554 de 2016 se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones de la demanda, por tratarse de un proceso declarativo de contenido pecuniario en primera instancia, esto es, la suma de un millón ciento noventa y seis mil con veintiocho pesos y noventa y seis centavos (\$1.196.028,96).

DÉCIMO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO PRIMERO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvase 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez