

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017)

DEMANDANTE: PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA

**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2016 00059 - 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 de la demandante (fl. 2-15):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 002235 del 10 de abril de 2015, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de su pensión vitalicia de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandante pide se ordene la reliquidación de su pensión, con el 75% del promedio de todo lo devengado el año anterior a la adquisición del status de pensionado, efectiva a partir del 23 de enero de 2015.

Así mismo, solicita que sobre las sumas adeudadas se hagan los reajustes de valor conforme al IPC, que se condene al pago de intereses moratorios, se ordene dar cumplimiento a la sentencia, conforme lo establece el artículo 192 del CPACA, y se condene en costas y agencias en derecho.

Argumenta 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 23 de enero de 2014 al 22 de enero de 2015, estos factores son la asignación básica, prima de vacaciones, **prima de navidad, bonificación y prima de servicios**. Invoca la aplicación del artículo 4 de la Ley 4 de 1966, el artículo 5 del Decreto 1743 de 1966, la Ley 91 de 1989, la Ley 115 de 1994, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010.

2.- De la contestación y la tesis de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 38-47):

Señaló que se opone a las declaraciones y condenas, al considerar que: **i)** que como quiera que el 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 fue introducida por el C.P.A.C.A.

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

3.- Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar dentro de la audiencia de pruebas realizada por el Despacho el 03 de mayo de 2017 (fl. 143), el apoderado de la **entidad demandada**, mediante escrito allegado el 10 de mayo de 2017 reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda (fl. 145-146); la parte actora y el agente del Ministerio Público no se pronunciaron.

II. CONSIDERACIONES:

- **De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Nación – 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 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. 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 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).²

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:

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.***

*(...) 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

"...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, interviene 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 OB de febrero de 2016 Subsección B, Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P: Gerardo Arenas Monsalve.

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

157

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.

1.- PROBLEMA JURÍDICO:

La controversia se circunscribe al estudio de legalidad de la Resolución No. 2235 del 10 de abril de 2015 proferida por la Secretaría de Educación de Boyacá, y para el efecto se deberá determinar el régimen pensional aplicable al señor PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA y si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los factores devengados el año anterior a la adquisición del status de pensionado, que afirma trascurrió del 23 de enero de 2014 al 22 de enero de 2015.

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

2. 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 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 oficial el 23 de enero de 1995, según se desprende del formato único para la expedición de certificado de historia laboral, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl.22-24), es evidente

152

Así las cosas y según lo expuesto hasta el momento, 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 año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Respecto a los factores salariales devengados por anualidades como lo son bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, el reajuste se realizará sobre una doceava parte de tales factores.⁶

4. APLICACIÓN DE LA SENTENCIA C-258 de 2011

El Despacho considera que el anterior pronunciamiento jurisprudencial 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 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.

5.- CASO CONCRETO:

Dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante nació el 20 de diciembre de 1955 (fl. 16), y se vinculó como docente del orden nacional el 23 de enero de 1995 (fl.22), adquiriendo el status de pensionado el día 22 de enero de 2015 (fl.17 y 129), por lo que el año anterior a la adquisición del status pensional transcurrió desde **el 23 de enero de 2014 al 22 de enero de 2015**, periodo en el cual devengó, según certificación de salarios visto a folio 20-21, los siguientes emolumentos: **asignación básica, bonificación Dto. 1566 de 2014, prima de servicios, horas extras, prima de vacaciones y prima de navidad.**

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la **Resolución No. 002235 del 10 de abril de 2015** (fl. 17-18),

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.

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 a las condiciones de edad y tiempo de servicios de quien demanda, el Despacho procederá a referirse especialmente al monto y 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.

3. 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 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 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 la deducción legal alguna.

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

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

153

dispuso reconocer y pagar al docente PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$2'118.702 m/cte, efectiva a partir del 23 de enero de 2015, teniendo en cuenta solamente la **asignación básica y prima de vacaciones**.

Además, se encuentra probado según oficios No. 1.2.7-38-2017PQR11348 del 10 de marzo de 2017 y 1.2.5.1.3-38 2016PQR 10448 de fecha 14 de marzo de 2017 expedidos por la Secretaría de Educación de Boyacá que el demandante a la fecha se encuentra **en servicio activo**, ejerciendo el cargo de Licenciado en Matemáticas en la institución educativa Normal Superior de Valle de Tenza (fl. 137-138).

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 inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado (23 de enero de 2014 al 22 de enero de 2015), teniendo en cuenta además de la **asignación básica y prima de vacaciones** los demás factores salariales certificados, es decir, la **bonificación (Decreto 1566 de 2014), la prima de servicios, horas extras y la prima de navidad**.

Se aclara que la prima de servicios, las horas extras y la prima de navidad, se encuentran enlistados dentro de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales". Por tanto es procedente su inclusión en el IBL. 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, el Consejo de Estado ha señalado que los factores enlistados (sin ser taxativos) en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "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." (Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 8 de agosto de 2011, exp. 1120-09, M.P. Alfonso Vargas Rincón). Por lo que procede la inclusión de los mismos dentro del IBL.

En cuanto a la Bonificación del Decreto 1566 de 2014⁷, es procedente su inclusión como quiera que en el inciso segundo del artículo 1º de la referida norma se estableció: "La bonificación que se crea mediante el

⁷ Decreto 1566 de 2014 "Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones".

presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes”

En atención a lo expuesto, el Despacho procederá a declarar la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. 002235 del 10 de abril de 2015 y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación del señor PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA con el 75% de todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado (23 de enero de 2014 al 22 de enero de 2015), estos son además de los ya reconocidos (asignación básica y prima de vacaciones), la **Bonificación del Decreto 1566 de 2014, horas extras, 1/12 prima de servicios, 1/12 prima de navidad**, reliquidación efectiva a partir del día siguiente a la fecha de adquisición del estatus de pensionado, esto es, desde el **23 de enero de 2015**.

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, causadas desde el 23 de enero de 2015 en adelante, toda vez que dichas diferencias no se encuentran afectadas por prescripción.

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

Por lo anterior, ha de aclararse que en cuanto a la doble asignación de erario que devengan los docentes, como en el presente caso, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁸ se pronunció en los siguientes términos:

*"Según las previsiones⁹ 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*

⁸ 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

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "B". Ref: 250002325000200106993 01. M.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

154

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.” (Negrita y subraya fuera del texto)

No obstante, el Consejo de Estado¹⁰ 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 el demandante fue vinculado al servicio docente desde 1995 (fl.22), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, no le es aplicable la prohibición allí consagrada y por ende se hace acreedor del derecho a devengar salario y pensión simultáneamente.

6.- DE LA PRESCRIPCIÓN:

Como se expuso en la etapa de resolución de excepciones, el estudio de la prescripción dependería del reconocimiento del derecho principal. Así las cosas, como se accede a la reliquidación, advierte el Despacho que 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 22 de enero de 2015, según se desprende de la Resolución No. 002235 de **10 de abril de 2015** (fl. 17-18; 125-126 y 129) y presentó demanda el **12 de mayo de 2016** (fl.15) 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 fenómeno prescriptivo no afectó las diferencias de las mesadas pensionales.

7.- DE LOS APORTES:

¹⁰ 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.

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 acudir para el efecto al artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece un término de prescripción de la acción de cobro de cinco (5) años¹¹.

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 a la adquisición del status de pensionado; 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 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"*¹².

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 liquidas*

¹¹ Ver entre otras providencia la del 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz

¹² *Ibidem*.

133

reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengaran intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código”.

8. 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 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 fl. 31) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara los intereses del 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.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003¹³, fijese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda¹⁴, esto es, la suma de ciento ocho mil novecientos veinte pesos con setenta y seis centavos m/cte. (\$108.920,76).

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,

FALLA:

PRIMERO: 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, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo primero de la Resolución No. 002235 del 10 de abril de 2015 proferida por la Nación

¹³ "Artículo 6. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. ASUNTOS. (...) 3.1.2. Primera instancia. (...) Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

¹⁴ Ver folio 14 del expediente.

– Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 del señor PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA identificado con cédula de ciudadanía 19.263.135, **efectiva a partir del 23 de enero de 2015**, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, que comprende desde 23 de enero de 2014 al 22 de enero de 2015, teniendo en cuenta además de la asignación básica y prima de vacaciones los demás factores certificados, esto es, **bonificación (Decreto 1566 de 2014), 1/12 prima de servicios, horas extras y 1/12 prima de navidad.**

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a favor del demandante PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA identificado con cédula de ciudadanía No. 19.263.135, la diferencia entre las mesadas pensionales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **23 de enero de 2015** en adelante. Sumas éstas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado y de las cuales deberán hacerse los descuentos con destino al sistema de seguridad social.

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

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

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.

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 los factores con los que se ordena la reliquidación, correspondiente a los cinco (5) años anteriores a la adquisición del estatus de pensionado del señor PEDRO ELIAS ALFONSO PERILLA por prescripción extintiva, 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.

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

NOVENO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda¹⁵, esto es, ciento ocho mil novecientos veinte pesos con setenta y seis centavos m/cte. (\$108.920,76).

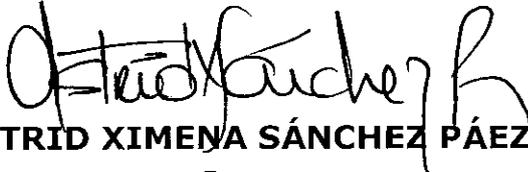
DÉCIMO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO PRIMERO: Si existe excedente de gastos procesales, 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹⁵ Ver folio 15 del expediente.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez