



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

DEMANDANTE: EUCLIDES VALEST SILVA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 150013333014 2016-00009 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1.1. Demanda (fls.3-4): mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor EUCLIDES VALEST SILVA, solicita:

- 1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008**, por medio del cual le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación al señor EUCLIDES VALEST SILVA, en razón a que no fue incluido el factor salarial del 20% de sobresueldo contemplado en la Ordenanza 23.
2. Declarar que el demandante tiene derecho, a título de restablecimiento del derecho, a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, liquide su pensión de jubilación, incluyendo el factor salarial del 20% de sobresueldo Ordenanza 23, en una cuantía de UN MILLÓN OCHOCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$1.811.457,75), efectiva a partir del 22 de noviembre de 2007 y en consecuencia, se proceda a reliquidar los reajustes pensionales teniendo en cuenta la fórmula:

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

✓



3. Se condene a la demandada a que sobre las diferencias adeudadas al accionante, le sea cancelado el valor de los reajustes conforme al índice de precios al consumidor, como lo prevé el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.
4. Se condene al reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios, en favor del demandante en caso de no dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 del CPACA, desde la ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se haga efectivo el pago.
5. Se condene en costas y agencias en derecho.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

Como hechos relevantes se adujo que el accionante laboró al servicio del Departamento de Boyacá por más de 20 años, siendo su último lugar de trabajo el Municipio de Campo Hermoso. Que el actor **nació el 21 de noviembre de 1952**, y adquirió el status de pensionado el día 21 de noviembre de 2007.

Que posteriormente, mediante Resolución No. 0937 del 2 de julio de 2008, la entidad le reconoció la pensión de jubilación, en cuantía de \$1.507.631, efectiva a partir del día 22 de noviembre de 2007, sin que se le tuviera en cuenta el factor salarial del 20% de sobresueldo contemplado en la Ordenanza 23.

Que liquidada la pensión del accionante con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al status pensional, le corresponde un monto de DOS MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$2.415.277,00).

Que mediante proceso ejecutivo radicado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, en contra del Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación, le fue liquidado y pagado al accionante, lo correspondiente al 20% de sobresueldo, tal como lo certificó el Despacho Judicial el día 27 de agosto de 2015; así mismo, mediante de Oficio N°. 11415 del 18 de septiembre de 2007, la entidad accionada informó al accionante que le pagaría el 20% de sobresueldo.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014-2016-00009-00
Fallo

Como consecuencia del proceso ejecutivo, el 23 de diciembre de 2015, la entidad accionada certificó el pago del sobresueldo del 20% al accionante, en el periodo comprendido entre el día 01 de enero de 2004 al 1 de enero de 2006.

Que el demandante devengó durante su último año de servicios anterior al status, comprendido entre el 21 de noviembre de 2006 al 21 de noviembre de 2007, el sobresueldo solicitado, el cual no aparece certificado por la entidad, en razón a que lo percibió como resultas del proceso ejecutivo.

3. NORMAS VIOLADAS:

Refiere la parte actora como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25 y 58 de la Carta Política; artículo 10 del código civil; artículo 5 de la Ley 57 de 1887; artículo 5 del Decreto Reglamentario 1743 de 1996; Ley 6 de 1945; Decreto Ley 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Ley 4 de 1996; Decreto Ley 1045 de 1978; Decreto 2277 de 1979 y leyes 33 y 62 de 1985.

Señala que no existe duda que el 20% de sobresueldo Ordenanza 23 obtenido por vía judicial, constituye factor salarial que incide de manera directa en la liquidación de la pensión del accionante y por tanto el acto acusado se encuentra viciado de nulidad.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

A través de apoderado la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contestó la demanda en término (fls.45-53 y 59-66), manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho y que en virtud de la descentralización del sector educativo previsto en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001, el Ministerio de Educación no está obligado a reconocer el pago de la pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales.



Indica que al accionante no le asiste el derecho que está reclamando, pues las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, establecen claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentra el solicitado por el actor.

Propuso como excepción previa la falta de integración del contradictorio analizada en audiencia inicial y como excepciones de fondo la falta de legitimidad por pasiva y la de prescripción.

III. ACTUACION PROCESAL

1. Audiencia Inicial:

Admitida la demanda el día 18 de febrero de 2016 y notificadas las partes, fue presentada contestación por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dentro del término legal. Con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 30 de noviembre de 2016, desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas¹.

2. Audiencia de Pruebas:

El día 10 de febrero de 2017, se desarrolló la audiencia de pruebas en la cual fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito².

IV. ALEGATOS

- **Parte demandante** (fls.135-137): reitera que la pensión de jubilación del demandante, debe reliquidarse con la inclusión del 20% del sobresueldo devengado durante el último año de prestación de servicios antes de adquirir su status de pensionado y cuyo pago fue reconocido por orden judicial.

La parte demandada guardó silencio.

¹ Fls. 88-90

² Fls. 131 y 132.



V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Señala que el docente es beneficiario de las leyes 33 y 62 de 1985 en lo pertinente a los factores salariales que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, dichas normas permiten incluir todos los factores salariales devengados en el año en que adquirió el estatus de pensionado, advierte que si bien no están reconocidos dentro de los factores salariales, este le fue reconocido a través de proceso ejecutivo laboral, con los debidos soportes; precisando que la certificación de la secretaría no puede incluir dicho factor, porque este se recibió por concepto de procesos judiciales.

Que acogiendo la línea jurisprudencial resulta acertado proceder a reliquidar la pensión reconocida al demandante, tomando como base todos y cada uno de los factores que constituyen salario y fueron devengados en el año de adquisición del derecho comprendido entre el 22 de noviembre de 2006 al 21 de noviembre de 2007, esto es asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones y sobresueldo del 20%, teniendo en cuenta la certificación de salarios y devengados correspondientes al año de status pensional del demandante, así como las pruebas del reconocimiento y pago del sobresueldo del 20%.

Indica que ha operado la prescripción trienal de las mesadas pensionales, atendiendo la fecha que transcurrió entre el reconocimiento pensional, el 22 de noviembre de 2007, el momento en que se hizo efectiva el 3 de diciembre de 2007 y la radicación de la demanda el 25 de enero de 2016.

Con fundamento en lo anterior solicita i) declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008; ii) ordenar a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reliquidar la pensión de jubilación del señor EUCLIDES VALEST SILVA, teniendo en cuenta además de los factores con los que fue liquidada el sobresueldo del 20% cancelado para los años 2006 y 2007; iii) declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas anteriores al 25 de enero de 2013.

V. ANALISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y



practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

1. Copia del registro civil de nacimiento del demandante en el que consta que nació el 21 de noviembre de 1952 (fl.119).
2. Copia auténtica de la **Resolución No. 00937 de 2 de julio de 2008**, por la cual el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, efectiva a partir del 22 de noviembre de 2007 (fs. 13-15, 99-101).
3. Certificado de Tiempo de Servicios de fecha 24 de febrero de 2008, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, que indica que el demandante fue vinculado como docente en propiedad, en el nivel de básica secundaria, a partir del 21 de mayo de 1980 a 3 de diciembre de 2007 cuando le fue aceptada su renuncia (fl.121).
4. Oficio de fecha 18 de enero de 2017, suscrito por el Secretario del Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Tunja, en la que indica que en ese Despacho curso del Proceso Ejecutivo No. 2007-0358 adelantado por EUCLIDEST VALEST SILVA y Otros contra el Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación, en el que se libró mandamiento ejecutivo el 4 de diciembre de 2007 (fl.128).
5. Certificación suscrita por el Tesorero General del Departamento de fecha 24 de enero de 2017, en la que refiere que para el proceso ejecutivo laboral No. 2007-0358 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, donde es demandante EUCLIDEST VALEST SILVA, el 4 de diciembre de 2007 se libró mandamiento de pago por el cobro forzado del 20% de sobresueldo desde el 1° de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2007, proceso que terminó por pago total mediante auto de 27 de febrero de 2009 (fls.126, 130).



VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos: *Corresponde al Despacho definir si el acto administrativo demandado, Resolución Número 0937 del 2 de julio de 2008, se encuentra viciado de nulidad parcial, y en caso afirmativo establecer si la pensión de jubilación reconocida al señor EUCLIDES VALEST SILVA, debe ser reliquidada con la inclusión del 20% de sobresueldo, devengado en el último año antes de adquirir su status de pensionado y cuyo pago fue reconocido por orden judicial.*

2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda, su contestación y las alegaciones finales, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

- **Tesis argumentativa de la parte Demandante:**

Solicita la nulidad parcial de la Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008, por medio del cual le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación teniendo en cuenta que no se le incluyó como factor salarial para su liquidación el sobresueldo del 20%, el cual le fue reconocido y pagado por vía judicial.

- **Tesis argumentativa de la parte Demandada:**

Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho y que en virtud de la descentralización del sector educativo previsto en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001, el Ministerio de Educación no está obligado a reconocer el pago de la pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales.

Indica que al accionante no le asiste el derecho que está reclamando, pues las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, establecen claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentra el solicitado por el actor.

- **Tesis argumentativa del Ministerio Público:**

Considera que el docente es beneficiario de las leyes 33 y 62 de 1985 en lo pertinente a los factores salariales que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, dichas normas permiten incluir todos factores salariales devengados en el año en que adquirió el estatus de pensionado, advierte que si bien no están reconocidos dentro de los factores salariales, este le fue reconocido a través de proceso ejecutivo laboral, con los debidos soportes; precisando que la



certificación de la secretaria no puede incluir dicho factor, porque este se recibió por concepto de procesos judiciales; por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, y se declare la nulidad del acto acusado y en consecuencia, se ordene la reliquidación de la pensión con la inclusión del 20%.

• **Tesis Argumentativa propuesta por el Juzgado:**

El Juzgado declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 0937 del 2 de julio de 2008, que reconoce la pensión de jubilación al demandante por cuanto en el presente asunto se encuentra demostrado que el señor EUCLIDES VALFEST CILYA le fue reconocido y pagado el 20% de sobresueldo durante el año anterior a la adquisición del status pensional, pues dentro del expediente obra constancia suscrita por el Tesorero General del Departamento de Boyacá en la que se indica que le fue pagado dicho concepto, para el año anterior al status de pensionado, esto es, entre el 22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007, a través del proceso ejecutivo laboral adelantado en contra de la entidad.

En consecuencia se ordenará a la demandada que reliquide la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75%, a partir de la fecha que adquirió su status, esto es, del día 22 de noviembre de 2007, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007, entre ellos, el sobresueldo del 20% establecido por la Ordenanza 43 de 1959. Se condenará a la demandada a pagar a favor del demandante, las diferencias causadas en todas las mesadas pensionales, a partir del 25 de enero de 2013, por ocurrir el fenómeno jurídico de la prescripción de mesadas.

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL:

Para resolver el problema jurídico, el Juzgado hará un estudio argumentativo así:

- i) Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.
- ii) Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.
- iii) Del caso concreto.

i) Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.

En cuanto al régimen de los docentes, el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. Con estas prerrogativas se mantuvieron en la Ley 91 de 1989, artículo 279 de la Ley



100 de 1993, artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994.

No obstante, en materia de pensión de jubilación se encuentran sometidos a las disposiciones generales, pues no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales. Así lo ha ilustrado el Consejo de Estado en sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Bajo este entendido y con el propósito de dilucidar el asunto en cuestión, no puede perderse de vista, lo estatuido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, cuyo texto señala:

“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 presente Ley.

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, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...). (Negrillas fuera de texto).

Por lo que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es del 27 de junio. Por tanto, aquellos que ingresaron con anterioridad, les son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

Como resultado de lo expuesto y ante la remisión a las normas anteriores para el sector docente se tiene que cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo era la Ley 33 de 1985, la cual se aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella. En consecuencia, la consolidación del derecho de pensión de jubilación ordinaria surge cuando se cumple con los 20 años de servicio y los 55 años de edad.

En cuanto a la base de liquidación, la precitada Ley 33 de 1985, dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de



servicio y enumeró en su artículo 39 los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes. Disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación las *Primas de Antigüedad, Habitual y de Capacitación*.

ii) Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985:

No obstante, la enumeración taxativa contenida en la ley, es importante señalar que el Consejo de Estado, por vía jurisprudencial a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2009, con la participación de VÍCTOR HERNANDO ALVARADO, Exp. No. 25000232-0000000009 01 (0112-2009), ha precisado que los factores enlistados son únicamente un ejemplo enunciativo, por cuanto deben incluirse los que habitual y periódicamente percibe un trabajador. Así lo señaló la máxima Corporación:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, en los debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba mencionada, 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”. (Negrilla en el original)

De conformidad con lo anterior, es claro que la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el propósito de garantizar los principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, de suerte entonces, que no obstante estar previstos para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas contenidas en la precitada Ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que se consideró que la prestación debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año. Así, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación pensional, ha de atenderse este criterio en



consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Así mismo, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en **sentencia de 25 de febrero de 2016**, proferida dentro del proceso Número 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013), Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, reiteró su posición unánime en que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la Sentencia C-258 del 2013.

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, la cual es compartida íntegramente por este Despacho, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

iii) CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso *sub examine*, se advierte que la demanda presentada por el accionante está encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008, por medio del cual le fue reconocida su pensión vitalicia de jubilación, sin la inclusión del factor salarial del 20% de sobresueldo contemplado en la Ordenanza 23.

De lo probado en el expediente se pudo establecer que el señor **EUCLIDES VALEST SILVA**, nació el 21 de noviembre de 1952 (fl.119) y laboró como docente en propiedad, en el nivel de básica secundaria, a partir del 21 de mayo de 1980 al 3 de diciembre de 2007 cuando le fue aceptada su renuncia (fl.121).

Así mismo se advierte que mediante **Resolución No. 00937 de 2 de julio de 2008**, el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenó reconocerle al accionante



su pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del **22 de noviembre de 2007**; acto administrativo en el que incluyó para la liquidación: *la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.* (fs. 13-15 y 99-101).

Ahora, según el apoderado de la parte actora la cuantía de la pensión reconocida, no contempla todos los factores salariales, tal como el **Sobresueldo del 20% (ordenanza 23)**, el cual al tenerse en cuenta hubieran arrojado una mesada pensional en cuantía superior al valor que es objeto de la demanda.

En lo referente al referido sobresueldo, dentro del plenario obra Oficio de fecha 18 de enero de 2017, suscrito por el Secretario del Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Tunja, en la que indica que en ese Despacho curso del Proceso Ejecutivo No. 2007-0358 adelantado por EUCLIDEST VALEST SILVA y Otros contra el Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación, en el que se libró mandamiento ejecutivo el **4 de diciembre de 2007**, para el pago del equivalente al 20% de sobresueldo (Ordenanza 23) y cuya liquidación fue la siguiente: **para 2006 de enero a diciembre** fue de \$5.039.554 y **para 2007 de enero a diciembre** fue de \$4.681.188. Así mismo, señala que con auto de 27 de febrero de 2009, se decretó la terminación del **proceso por pago total de la obligación** (fl.128).

De igual manera, obra certificación de fecha 24 de enero de 2017, en el mismo sentido expedida por el Tesorero General del Departamento de Boyacá, en la que se proporciona la misma información visible a folio 126.

Pruebas de las que se advierte la existencia de la obligación por parte del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN de cancelar a favor del actor lo correspondiente al sobresueldo del 20%, reconocimiento que se efectuó de dicha prestación también por el periodo comprendido entre los meses de **enero de 2004 a 31 de diciembre de 2007**, por tanto, en la anualidad sobre la cual fue calculado el reconocimiento de su pensión de jubilación, esto es, **22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007** (año anterior al status), razón por la que estando reconocido su derecho al sobresueldo, así se hiciera mediante un proceso ejecutivo, debe ser incluida tal prerrogativa junto con los demás factores salariales, que sí le fueron reconocidos y certificados por la Secretaría de Educación al momento de ser solicitados para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la que es titular.



Con base en lo anterior, emerge oportuno hacer referencia al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que contempla el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta que efectivamente la accionante tenía derecho al reconocimiento del sobresueldo del 20%, como se advierte en las liquidaciones ya citadas, donde se incluyó tal factor salarial.

Por lo expuesto es preciso señalar que el sobresueldo del 20% es factor salarial, según jurisprudencia del H. Consejo de Estado, quien en sentencia del 08 de abril de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, manifestó:

“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”

De esta manera, no puede ser acogida la argumentación expuesta por la entidad demandada, en relación a que es improcedente la solicitud de reliquidación de pensión jubilación con la inclusión de dicho factor salarial, pues dicha apreciación está desconociendo la realidad material del señor EUCLIDES VALEST SILVA, a quien se le hizo el reconocimiento de dicha prestación.

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante si devengó el sobresueldo del 20%, en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, según se desprende del Oficio de fecha 18 de enero de 2017 (fl.128), expedido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, en el cual se establece que el capital correspondiente al 20%, se cobró desde el **01 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007**, adicionalmente lo certificado por la Tesorería del **DEPARTAMENTO DE BOYACA**, periodo que comprende el año en que el accionante cumplió su estatus pensional, **22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007**.

Entonces, aun cuando no hubo un pago efectivo del sobresueldo en las vigencias mensuales, acompañado de los demás factores que devengó el demandante, no es menos cierto, que sí se presentó un desembolso relativo al mencionado emolumento para el año base de liquidación de la prestación social reconocida a la parte actora, el cual, si bien se dio con posterioridad a la fecha de



consolidación del derecho pensional, fue por circunstancias atribuibles al Departamento de Boyacá (empleador de la memorialista), puesto que, como se probó en las diligencias, el actor obtuvo el pago del mencionado factor únicamente hasta el momento en que inició el proceso judicial tantas veces referido, hecho por el cual es evidente que la entidad pagadora no certificó en el formato convencional el pago del 20% de sobresueldo devengado.

Frente al *Sobresueldo del 20%* en un caso de similares contornos, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del **14 de septiembre de 2016**, M.P. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, radicado 15238333975120150015601, señaló que debe ser incluido como factor de liquidación de la pensión, en los siguientes términos:

*"(...) al haberse encontrado facultada la Asamblea de Boyacá para expedir la ordenanza 023 de 1959 y, por contera, para crear el sobresueldo del 20% cuya inclusión pidió la parte demandante, y que, además, dicho emolumento tiene carácter 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, no resultan de recibo los planteamientos del a-quo y ello impone estudiar lo probado en el proceso para determinar la prosperidad o improsperidad de las pretensiones.
(...)"*

Entonces como resultado de acción judicial a la actora se le ordenó el pago a su favor de las sumas adeudadas por concepto del sobresueldo del 20% dejado de percibir en el año de consolidación del derecho, valores pagados y certificados, como ya se precisó.

Por lo tanto, aunque para el año de causación de la pensión no se hubiera percibido la suma correspondiente al 20% del sobresueldo, ello no quiere decir que no lo hubiese devengado y que, por ende, debía ser incluido como factor de liquidación de la pensión.

Sin duda la entidad empleadora al expedir inicialmente el certificado para solicitar el reconocimiento pensional no podía incluir como percibido el 20% del sobresueldo pues ello fue pagado posteriormente, pero tal circunstancia no implica que ese emolumento no se hubiese devengado por la actora en el tiempo de servicios que da lugar al reconocimiento pensional, tal como ha sido demostrado en este proceso y, en consecuencia, debe ser incluido en la liquidación."

En ese orden de ideas, es claro que en el caso bajo estudio, el sobresueldo del 20% debe ser incluido como factor salarial en la liquidación de la pensión del demandante. Jurisprudencia que es acogida en su integridad por el Despacho, con el fin de señalar que la parte actora aportó a la entidad los documentos necesarios que probaban el pago del sobresueldo del 20%, por parte del Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007.



Con fundamento en lo anterior, se declarará la **nulidad parcial** de la **Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008**, que reconoce la pensión de jubilación al demandante, por cuanto en el presente asunto se encuentra demostrado que el señor EUCLIDES VALEST SILVA le fue reconocido y pagado el 20% de sobresueldo durante el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es, entre el 22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007, a través del proceso ejecutivo laboral adelantado en contra de la entidad y en consecuencia se ordenará la reliquidación de la pensión al demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a su estatus, específicamente el sobresueldo del 20%.

Las diferencias pensionales reconocidas tendrán los reajustes de Ley y el monto de la condena que resulte, se ajustará tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

R = R.H X índice final / Índice inicial, esto es, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), **que es la correspondiente mesada pensional**, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria 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 por la que correspondía devengar al accionante desde el momento en que adquirió el derecho y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

• ***De las excepciones propuestas por la parte demandada:***

- ***De la "PRESCRIPCIÓN":***

Así entonces y al accederse a las pretensiones de la demanda, en los términos indicados en precedencia resulta procedente por parte del Despacho realizar el estudio de la **excepción de prescripción** propuesta por la entidad accionada.



En el caso concreto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, no cabe duda que el derecho pensional no prescribe aunque tal fenómeno si afecte a las mesadas causadas. No obstante, aclara el despacho que la prescripción opera tres (3) años antes de la fecha de la petición. No obstante en el presente caso no se presentó petición sino que se presentó demanda contra el acto de reconocimiento de la pensión Así pues, según obra en el expediente, en fecha **25 de enero de 2016**, el demandante presentó la demanda ante ésta jurisdicción; el derecho pensional fue reconocido con efectos a partir del 22 de noviembre de 2007 y la demanda fue presentada el **25 de enero de 2016** (fl.12), entonces, como la fecha que tomamos en cuenta para el conteo de la prescripción de mesadas es la del **25 de enero de 2016**, se determina que se encuentran prescritas las **diferencias causadas con anterioridad al 25 de enero de 2013, por operar el fenómeno jurídico de la prescripción**, sin perjuicio de que la reliquidación se efectúe a partir del 22 de noviembre de 2007, fecha en que el demandante adquirió el status de pensionado. Por lo anterior, le asiste razón a la parte demandada cuando propone la excepción que denominó PRESCRIPCIÓN, en consecuencia el Despacho la declarará probada.

- De la **"FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA"**:

Finalmente frente a esta excepción propuesta por la entidad demandada argumentando que la entidad no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, sino la Secretaría de Educación respectiva en virtud del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 del mismo año; así mismo que el Ministerio de Educación, no tiene contemplado en sus funciones el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y menos la administración de los recursos destinados para tales fines. Agrega que la parte demandada no intervino en gestión alguna al respecto del trámite de la solicitud, ni es un ente pagador. Pues los recursos se administran por la entidad fiduciaria, de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación.

Al respecto precisa el despacho que aun cuando la Ley 962 de 2005 (artículo 56), reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, (artículo 3°), establece que la gestión de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales cuyo pago se



encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se efectúa a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales, lo cierto es que estas, por delegación, actúan en representación de la Nación, entidad a la que corresponde la cuenta especial.

De lo que el Despacho colige que la entidad territorial a través de la Secretaría de Educación, no deben asumir responsabilidad alguna, pues la entidad no es quien toma la decisión de conceder o no, la pensión, por tanto, se declarará no probada la excepción planteada, por cuanto la obligación de reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor es competencia exclusiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio entidad cuya representación legal se encuentra en cabeza de la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

• **DE LOS DESCUENTOS DE LOS APORTES CORRESPONDIENTES A LOS FACTORES CUYA INCLUSIÓN SE ORDENAN:**

El Juzgado no desconoce los reiterados pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá en las Salas de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz de fecha 07 de julio de 2016, dentro del proceso 2013-0083-01 y 8 de marzo de 2016 con radicaciones número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02

Por lo en ellas consignado, el Juzgado señalará que los **aportes para pensión** se hará sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 en el cual señala que **la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años**, el demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en **la ley vigente para cuando se efectuó el pago**. En el caso del demandante - entonces empleado - en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la **condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social**.



Ahora, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el **22 de noviembre de 2002 al 21 de noviembre de 2007**, período para el cual, en materia de aportes para pensión se aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, reglamentada por el Decreto 510 de 2003, y la Ley 1122 de 2007, reglamentada por el Decreto 4982 de 2007, normas que serán atendidas para este caso.

Las anteriores argumentaciones, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA.

VII. CONCLUSIÓN:

Recapitulando el Juzgado dirá que accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda y en consecuencia se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008, que reconoce la pensión de jubilación al demandante, por cuanto se omitió aplicar in extenso los factores salariales que le corresponden para el año de adquisición de su status pensional, pues si bien no se encontraba en los factores salariales certificados por la entidad empleadora el sobresueldo del 20%, no es menos cierto, que efectivamente le fue reconocido al actor dentro del proceso ejecutivo laboral adelantado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, forzando a su empleado a su pago, por vía judicial, por tanto el mismo le fue efectivamente pagada al demandante para el periodo de la adquisición de su status pensional.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reliquidar la pensión de jubilación del actor en cuantía del 75%, a partir de la fecha que adquirió su status, esto es, del día **22 de noviembre de 2007**, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el **22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007**, entre ellos, el sobresueldo del 20% establecido por la Ordenanza 23 de 1959.

Sin embargo, se condenará a la demandada a pagar a favor del demandante, las diferencias causadas en todas las mesadas pensionales, a partir del **25 de enero de 2013**, por ocurrir el fenómeno jurídico de la prescripción de mesadas.



una pensión vitalicia de jubilación, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, **reliquidar y pagar** el valor de la pensión de jubilación reconocida al señor **EUCLIDES VALEST SILVA**, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en su último año de servicios, esto es, entre el **22 de noviembre de 2006 hasta el 21 de noviembre de 2007**, incluyendo en la base de liquidación, a más de *la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad*, los siguientes factores: **Sobresueldo 20% (Ordenanza 23 de 1959), a partir del 22 de noviembre de 2007, pero su pago, con efectos fiscales a partir del 25 de enero de 2013, por ocurrir el fenómeno de la prescripción**, de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia. De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación.

QUINTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: La **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General en Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de trabajo antes de constituir su status**, ocurridos entre el **22 de noviembre de 2002 al 21 de noviembre de 2007**. Las



Finalmente se precisa la forma como la entidad de seguridad social, deberá realizar el descuento de aquellos aportes que no hayan sido realizados por los factores que se incluyen atendiendo la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 07 de julio de 2016, expediente No. 2013-00083-01, sin que dicho valor a pagar por parte del demandante no podrá superar a la condena, atendiendo a la condición de adulto mayor.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, como quiera que se declaró probada la excepción propuesta por la parte Demandada denominada *prescripción de mesadas*, el Despacho impone No condenar en costas a la parte vencida, esto es a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probada, la excepción denominada "**FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA**", propuesta por la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de "**Prescripción**" propuesta por la entidad demandada, y en consecuencia declárense prescritas las sumas de reajuste causadas con anterioridad al **25 de enero de 2013**.

TERCERO: SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la **Resolución No. 937 del 2 de julio de 2008**, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de



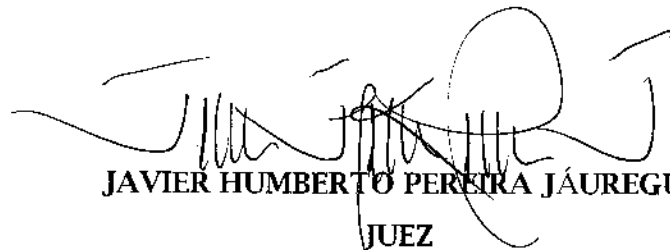
sumas resultantes serán **indexadas conforme al IPC**. El monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor del demandante.

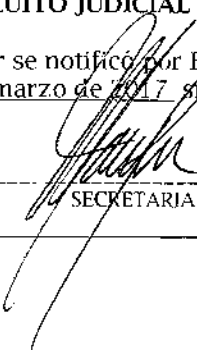
SEPTIMO: No hay lugar a condena en costas

OCTAVO: En firme esta providencia, por secretaria remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del CPACA.

NOVENO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

<p>JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>El fallo anterior se notificó por Escrito N° <u>16</u> de HOY <u>29</u> de marzo de <u>2017</u> siendo las 8:00 A.M.</p> <p> SECRETARIA</p>
--