



Tribunal Administrativo de Boyacá
Secretaria

E D I C T O

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA

CLASE DE ACCIÓN **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

RADICADO **150013331003201100100-01**

DEMANDANTE **MANUEL ANTONIO PAEZ GUIO**

DEMANDADO **LA NACION, MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

MG. PONENTE **JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO**

FECHA DE DECISIÓN **10 DE SEPTIEMBRE DE 2019**

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY 17/09/2019 **A LAS 8:00 A.M.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy 19/09/2019 **a las 5:00 p.m.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA



203

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 10 SET. 2019

DEMANDANTE:	MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
REFERENCIA:	150013331003-2011-00100-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE
ASUNTO:	SENTENCIA - GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 19 de julio de 2012, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 2-3)

El señor MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO, a través de apoderado judicial, instauró demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 001934 del 14 de abril de 2011, mediante la cual le fue negada la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada, **i)** reliquidar y pagar la pensión de jubilación a favor del demandante, teniendo en

cuenta todos los factores que constituyen salario, devengados en el año anterior a la adquisición de su status de pensionado, en cuantía de \$1.945.622,00, efectiva a partir del 23 de enero de 2005; **ii)** que efectúe los reajustes pensionales, de conformidad con la fórmula establecida por el Consejo de Estado; **iii)** que se condene a la actualización de las sumas adeudadas, de acuerdo al IPC y tal como lo establecen los artículos 177 y 178 del CCA; y **iv)** que si la entidad demandada no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del CCA, se condene al pago de intereses comerciales durante los 6 primeros meses, contados desde la ejecutoria de la sentencia, e intereses moratorios después de dicho término.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-5)

El apoderado del demandante, indicó que el señor MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO, laboró como docente al servicio del Departamento de Boyacá, específicamente en el Municipio de Viracachá, desde el 23 de septiembre de 1971, por lo que una vez cumplió con los 20 años de servicio y los 55 años de edad, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, a través de la **Resolución No. 2001 del 8 de septiembre de 2005**, en cuantía de \$1.316.726, efectiva a partir del 23 de enero de 2005 y teniendo en cuenta únicamente la asignación básica.

Sostuvo que el demandante solicitó la reliquidación de su pensión, con el fin de que le fueran incluidos todos los factores salariales devengados, petición que fue resuelta de forma negativa por la entidad demandada, mediante la **Resolución No. 001934 del 14 de abril de 2011**, de la cual se notificó el día 26 del mismo mes y año.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 5-9)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 25 y 58.

Legales: Artículo 10 del Código Civil; artículo 5 de la Ley 57 de 1887; Leyes 33 y 62 de 1985; y Ley 100 de 1993.

Consideró que la pensión de jubilación del actor, debió liquidarse no solo teniendo en cuenta la asignación básica, sino sobre lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, es decir, desde el 23 de enero de 2004 y hasta el 22 de enero de 2005, con los siguientes

factores: asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobresueldo mensual 20%, prima de vacaciones y prima de navidad.

Señaló que la demandada debió tener en cuenta en el acto de reconocimiento pensional, la Ley 33 de 1985, norma que establece unos factores salariales, los cuales no deben entenderse taxativos sino enunciativos, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, guardó silencio.

1.3. SENTENCIA CONSULTADA

El Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida el 19 de julio de 2012 (fls. 151-167), resolvió:

"PRIMERO: DECLARA PROBADA DE OFICIO la PRESCRIPCIÓN de las mesadas causadas con anterioridad al 01 de octubre de 2007, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución No. 001934 del 14 de abril de 2011, proferida por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: ORDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, así:

(i) Reliquidar la pensión de jubilación del docente MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO en la suma que corresponda al 75% de los valores percibidos entre el 23 de enero de 2004 y el 22 de enero de 2005, por concepto de *asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobresueldo mensual del 20%, prima de vacaciones y prima de navidad*, con efectividad al 23 de enero de 2005.

(ii) Aplicar al monto resultante los reajustes de ley, en las anualidades comprendidas de 2005 a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia.

(iii) Pagar al señor MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO identificado con C.C. No. 6.751.004 de Tunja, el valor de las diferencias entre las mesadas pensionales causadas y el quantum que le corresponda en virtud de la

reliquidación ordenada, indexadas con aplicación de la fórmula establecida en la parte motiva de ésta sentencia.

Descuéntese de lo ordenado pagar las mesadas pensionales que se encuentran prescritas, y que corresponden a las causadas con antelación al 1° de octubre de 2007.

QUINTO. (Sic) **ORDÉNESE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO **descontar los valores correspondientes a los aportes de ley respecto de auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobresueldo mensual del 20%, prima de vacaciones y prima de navidad.**

SEXTO. Sin condena en costas.

(...)

OCTAVO. En caso de no ser apelada la decisión, por SECRETARÍA remítase el asunto al H. Tribunal Administrativo de Boyacá, a fin de agotar el grado jurisdiccional de consulta.

(...)"

Para adoptar tal determinación, el juez de instancia contrajo el problema jurídico a determinar si *¿la pensión ordinaria de jubilación de los docentes nacionalizados que cumplieron veinte (20) años de servicio con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se liquida con todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior a adquirir status jurídico?*

Sobre el particular, indicó que los docentes, no obstante tratarse de servidores de régimen especial, no se encuentran amparados por régimen especial respecto a la pensión ordinaria de jubilación y que sin distinción por razón de su carácter territorial, nacional o nacionalizado, que al 29 de enero de 1985, no acreditara 15 años de servicio, se rige para efectos de su pensión de jubilación ordinaria, por lo establecido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad.

Advirtió que en virtud a la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se relevó el criterio de taxatividad que se venía confiriendo a los factores salariales enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, ello para dar un mayor alcance al principio de progresividad en los derechos sociales.

Para el caso concreto, el *a quo* encontró probado que el actor accedió al cargo de docente oficial el 23 de septiembre de 1971 en forma continua y que en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus de pensionado (22 de enero de 2005), percibió emolumentos por

concepto de asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobresueldo mensual del 20%, prima de vacaciones y prima de navidad.

Así, concluyó que la pensión del actor se rige por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y que en atención a la sentencia de unificación antes citada, tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales así devengados entre el 23 de enero de 2004 al 22 de enero de 2005.

2. TRÁMITE PROCESAL DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la entidad demandada no interpuso recurso de apelación en contra de la decisión anterior, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, a través de auto del 16 de octubre de 2015, dispuso remitir el expediente al superior para surtir el grado jurisdiccional de consulta (fls. 177-181). Mediante proveído del 11 de noviembre de 2015, esta Corporación dispuso darle trámite al grado de consulta y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 191).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 192-194)

El apoderado del demandante, solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, por cuanto al señor MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO, le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta la totalidad de los emolumentos que constituyen salario, devengados en el año anterior a la adquisición de su estatus de pensionado, ello en atención a la jurisprudencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por el Consejo de Estado.

2.1.2. La **parte demandada** y el **Ministerio Público**, guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

Transcurrido en legal forma el trámite procesal, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de surtir el análisis en sede de consulta, frente a la sentencia proferida el 19 de julio de 2012 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja.

2. MARCO JURÍDICO DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar por parte del Tribunal el alcance que tiene el *ad quem* en lo que respecta a la Consulta. No pasa por alto la Sala, que el *a quo* en la sentencia desató una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicha controversia concluye con una sentencia que tiene la virtud de poner término a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Al respecto, conviene recordar que el grado jurisdiccional de consulta, en términos generales, procede frente a la sentencia que se haya dictado en proceso de primera instancia, vale decir, en aquellos susceptibles de ser apelados, sin que se hubiere hecho uso de tal recurso, en la forma como lo dispone el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, el cual indica:

“Artículo 184. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

(...)” (Subraya la Sala).

De lo anterior, es claro que hay lugar a consulta en los siguientes eventos: **i)** para las sentencias que impongan una condena en concreto a cargo de una entidad pública o en abstracto junto con el auto que las liquide, la cual debe exceder los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando no haya sido apelada; **ii)** frente a sentencias en las que se condena a personas que estuvieron representadas por curador *ad litem*, y que no apelan la decisión; y **iii)** en materia contencioso administrativo laboral, cuando se cumple con la condición de que la entidad pública no haya ejercido defensa alguna de sus intereses.

Así entonces, como el grado jurisdiccional de consulta se estableció para revisar la sentencia condenatoria que evidentemente desfavorece a la Administración, es posible afirmar, como lo ha hecho el H. Consejo de Estado, que **dicho grado permite al juez superior examinar, sin restricciones, los aspectos perjudiciales a la Administración**¹, lo que significa que el ámbito de conocimiento de que goza el *ad quem*, le permite decidir sin limitación alguna.

3. PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo precisado en el acápite precedente, corresponde a esta Sala establecer si:

¿Tal como lo manifestó el Juez de primera instancia, es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado?

Para resolver el problema en mención, el Tribunal abordará los siguientes problemas jurídicos asociados:

- i. *¿Cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes oficiales que se hayan vinculado con anterioridad a la Ley 812 de 2003?*
- ii. *¿Cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de dichos docentes?*

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación²

La Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad, entre otras, fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de unificación jurisprudencial del Consejo de

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 25 de enero de 2007, C.P. Enrique Gil Botero, Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00210-01(16419).

² Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, Sentencia del 11 de octubre de 2018, Rad. No. 2017-00011-02. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Estado a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*“Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación** jurisprudencial **las que profiera o haya proferido** el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social **o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.”* (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación estableció:

*“**Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”³ (Resaltado fuera de texto)*

La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

*“El reconocimiento de la jurisprudencia como **fuentes formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.**”* (Negrilla fuera de texto).

Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

“A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como

³ **Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.**

Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. **En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.**" (Negrilla fuera de texto).

Y reiterada en la Sentencia C-539 de 2011:

"5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores–**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.**

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para **estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia**, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

"Lo señalado acerca de los jueces **se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos**. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto." ¹⁹¹ (Resalta la Sala)

(...)

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, **y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria**

o Corte Suprema de Justicia, **en el derecho administrativo por el Consejo de Estado** y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, **una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial...**" (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991 se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos tribunales.

4.2. De la sentencia de unificación en materia del IBL en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En **sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019**, dentro del expediente con Radicación No. 680012333000201500569-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, previo a abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, se precisaron los siguientes aspectos:

- ✓ **"Los docentes** afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están **exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**⁴, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- ✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

⁴ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: "[...]

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida".

- ✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales"⁵.

⁵ Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que:

" [...] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3° que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal "son empleados oficiales de régimen especial"; según las previsiones del mismo, **la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial** (Resaltado fuera de texto).

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5° del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6° inciso 3° preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993⁵ dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la

- ✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁶, tendrán los derechos 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 mujeres⁷."

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, se indicó lo siguiente:

"(...)

37. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que "El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

⁶ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

⁷ La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso:

"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 «...»".

38. La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

39. Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

(...)

46. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985.

47. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

48. El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

49. Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" .

51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

(...)

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

(...)

61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

(...)

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años. Esto quiere decir, que para el ingreso base de

liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

70. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL			
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85%⁸	
		(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica de ▪ gastos de representación de ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación y ▪ dominicales feriados y ▪ horas extras 	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual de ▪ gastos de representación de ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de ▪ capacitación

⁸ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio <p>(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</p>	<p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<p>cuando sean factor de salario</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna <p>(Decreto 1158 de 1994)</p>
	<p>De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>		

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**
- b. **Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.**

(...)" (Subraya fuera del texto original).

Finalmente, recordó el valor vinculante y obligatorio de la sentencia y acudió al método de aplicación en forma retrospectiva, es decir, que las reglas jurisprudenciales fijadas se deben acoger en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, salvo en los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

5. CASO CONCRETO

En el *sub lite*, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- El señor MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO, nació el 22 de enero de 1950 (fl. 25).
- El demandante prestó sus servicios como Docente Nacionalizado desde el 23 de septiembre de 1971 hasta el 22 de enero de 2005 (fl. 12).
- Mediante **Resolución No. 2001 del 8 de septiembre de 2005**, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, a partir del 23 de enero de 2005, en el 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al estatus, teniendo en cuenta como factor únicamente el de asignación básica (fls. 12-13).
- El demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado el 22 de enero de 2005 -55 años de edad y 20 años de servicio- (fl. 12)
- Los factores salariales devengados durante el último año de servicio como docente, según se observa a folios 66 a 68 del expediente fueron:
 - Asignación Básica
 - Auxilio de movilización
 - Prima de alimentación
 - Prima de grado
 - Prima de vacaciones
 - Prima de navidad
 - Prima rural 10%
 - Sobresueldo mensual 20% (Ordenanza 23)

Así las cosas, atendiendo la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, expuesta en el acápite precedente, lo primero que debe tener en cuenta la Sala es la fecha de vinculación del señor MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO al servicio oficial docente, que en este caso, fue el **23 de septiembre de 1971**.

Conforme esta fecha, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 así:

- De conformidad con el artículo 2º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de dicha ley, serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El actor en su condición de docente nacionalizado vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- **Lo que quiere decir que, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación referida, para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, y que corresponden a los siguientes:**
 - asignación básica mensual
 - gastos de representación
 - prima técnica, cuando sea factor de salario
 - primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
 - remuneración por trabajo dominical o festivo
 - bonificación por servicios prestados
 - remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

En el caso *sub examine*, como quiera que las primas de navidad y vacaciones y el auxilio de movilización no se encuentran enlistados en aquella norma, no pueden ser incluidas en el ingreso base de liquidación.

Ahora, tal como estudió esta Corporación un asunto de similares contornos al de la referencia⁹, procede la Sala a analizar los demás emolumentos requeridos por el demandante, a saber: prima rural 10%, prima de alimentación, sobresueldo 20% (Ordenanza 23 de 1959) y prima de grado.

✓ **Prima rural 10%:**

El Decreto 165 de 1966, proferido por el Gobernador de Boyacá, contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Establécese la PRIMA DE SERVICIO RURAL, para los Maestros graduados que ejerzan sus cargos en Escuelas Rurales dentro del territorio del Departamento.”

“ARTÍCULO SEGUNDO: La prima de que trata el artículo anterior será equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del sueldo básico devengado por el maestro, y se pagará con la parte correspondiente a educación, del impuesto a las ventas de destilados, cedido por la nación al Departamento.”

La prima rural busca solventar las dificultades generadas por la ubicación del establecimiento educativo. Además, la norma citada no prevé que se trate de un factor salarial para liquidar las pensiones, en ese orden de ideas, no cabe ninguna interpretación frente a su naturaleza salarial o prestacional. Por consiguiente, no puede ser incluido en el IBL.

✓ **Prima de alimentación:**

El Decreto 1042 de 1978, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos, dispuso:

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3. Sentencia del 29 de agosto de 2019. Exp. Rad. No. 2017-00047-01. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortíz.

“Artículo 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
 - b) Los gastos de representación.
 - c) La prima técnica.
 - d) El auxilio de transporte.
 - e) El auxilio de alimentación.**
 - f) La prima de servicio.
 - g) La bonificación por servicios prestados.
 - h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión”.
- (Destaca la Sala)

En la Ley 91 de 1989, a través de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó en el artículo segundo que **(i)** las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causaran a partir de su promulgación, eran de cargo de la Nación y serían pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No obstante, las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles; **(ii)** las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de su promulgación, se reconocerían y pagarían de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal; **(iii)** las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de su promulgación, se seguirían reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

Como se observa, la prima de alimentación fue creada a través del Decreto 1042 de 1978 que también eran devengadas por los docentes oficiales, sin embargo, las Leyes 33 y 62 de 1985 no lo establecieron como factor de cotización, en consecuencia, no puede ser incluido en la base de liquidación pensional.

✓ **Sobresueldo 20% (Ordenanza 23 de 1959):**

Frente a este emolumento pagado al demandante, basta decir que es un **sobresueldo** que, como su nombre lo indica, hace parte del salario;

sin embargo, en la norma de creación, esta es, la Ordenanza 23 de 1959, acto administrativo general, no se determinó expresamente si era factor salarial para efectos pensionales.

En ese orden de ideas, toda vez que la sentencia de unificación que sirve de fundamento a esta decisión refiere a los factores salariales **previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985**, no resulta posible incluir en el IBL pensional, emolumentos creados por asambleas departamentales o concejos municipales.

✓ **Prima de grado:**

La prima de grado, instituida en el artículo 7º de la Ordenanza 54 de 1967¹⁰, es un reconocimiento hecho a los licenciados y normalistas superiores al servicio de la educación secundaria oficial del Departamento, en monto de \$150, cuya partida debía presupuestarse por el Gobierno Nacional. El tenor literal de la norma es el siguiente:

**"ORDENANZA NÚMERO 54 DE 1967
(Diciembre 6)**

Por la cual se reglamenta el ejercicio de la Docencia en la Educación Media de Boyacá, se crean unas primas y se dictan otras disposiciones.

La Asamblea de Boyacá

Ordena:

(...)

ART. 7º—A partir del año lectivo de 1968 *créase la prima de grado para los educadores al servicio de la enseñanza media oficial del Departamento de Boyacá, así:*

a) Licenciados a razón de ciento cincuenta pesos (\$ 150,00) mensuales.

b) Normalistas superiores a razón de ciento cincuenta pesos (\$ 150.000) mensuales.

PAR. 1º—Los títulos equivalentes hoy a los de licenciados, expedidos por los antiguos institutos pedagógicos (facultad de educación de Tunja, Escuela Normal Superior de Bogotá, Medellín y similares), quedan asimilados para los efectos de prima de grado a los licenciados.

PAR. 2º—El gobierno del departamento, presupuestará en cada una de las vigencias, las partidas necesarias para el pago de la prima de grado de los licenciados y de normalistas superiores al servicio de la educación secundaria oficial del departamento."

¹⁰ Sobre este emolumento ya se había pronunciado este Tribunal en sentencia de 9 de septiembre de 2009, radicación 15001-23-31-000-200800287-00 con ponencia del Magistrado Jorge Eliecer Fandiño Gallo.

No obstante, como se dijo en el acápite anterior, este emolumento fue creado por **un acto administrativo de carácter general** que, además, no establece que constituya factor salarial para efectos pensionales. En consecuencia, no puede incluirse en la base de liquidación pensional.

Así las cosas, en la base de liquidación de la pensión del actor solo podía incluirse la asignación básica y no los demás **factores devengados** en el último año de servicios, tal como procedió la entidad demandada, pues éstos no constituyen base de liquidación de los aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación y por ello, la Sala procederá a revocar la sentencia de primer grado, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, por no evidenciarse temeridad o mala fe de las partes, de conformidad con el artículo 171 del CCA no se dictará condena en costas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el 19 de julio de 2012 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema de Información de la Rama Judicial.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



ÓSCAR ÁLFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: MANUEL ANTONIO PÁEZ GUIO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM
Expediente: 150013331003-2011-00100-01