



145

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

Tunja, **26 SEP 2019**

DEMANDANTE: HUGO BAUTISTA ORTIZ
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACION: 150013333014-2017-00090-00
ACCION: 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:

El señor **HUGO BAUTISTA ORTIZ** por intermedio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, quien plantea que se acojan las siguientes:

1. PRETENSIONES (fl.3):

Solicita se declare la **nulidad parcial** de la **Resolución No. 000437 del 04 de febrero de 2014**, proferida por el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (por intermedio de la Secretaría de Educación de Boyacá), mediante la cual se ordena el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita se declare que el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación, equivalente al 75% de los salarios, con todos los factores, devengados en el año que adquirió el status de pensionado, efectiva a partir del 02 de agosto de 2013.

Así mismo, solicita condenar a la entidad demandada a pagar a favor del demandante el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley a partir del día 02 de agosto de 2013, día en que cumplió el status de pensionado.

Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC como lo autoriza el artículo 187 del CPACA y reconocer y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, dando cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

✶ Finalmente solicita se condene es costas y agencias en derecho a la entidad demandada.



2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls.3 y 4):

Manifiesta que el demandante nació el 02 de mayo de 1956; que el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante la **Resolución No. 000437 del 04 de febrero de 2014**, a partir del 02 de agosto de 2013.

Señala que la pensión de jubilación se liquidó solamente con la asignación básica, prima especial, prima de vacaciones, auxilio de movilización desestimando el factor salarial de **prima de navidad**, sin ninguna justificación.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

La parte demandante refiere como normas violadas, los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13,23,25, 46, 48, 53, 58, 338 y 336 la Constitución Política; así como el artículo 15 numeral 1, inciso 1 y artículo 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989; artículo 7 del Decreto 2563 de 1990; artículo 3 del Decreto Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 12 de la Ley 4 de 1992; artículo 1 del Decreto Reglamentario 1440 del 1º de septiembre de 1992; artículo 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; artículo 4 de la Ley 4 de 1966; artículo 5 del Decreto 1743 de 1966; artículo 1º párrafo 2º de la Ley 24 de 1947, en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6 de 1945; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Argumenta que el acto administrativo demandado al desconocer el derecho al demandante vulneró las anteriores normas, en síntesis porque no se incluyó la totalidad de los factores salariales en la liquidación para determinar la mesada pensional.

Señala que se configura la causal de *FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ACUSADO*, porque en el acto administrativo demandado se da una interpretación equivocada al Decreto No. 3752 del 2003, el cual solo es aplicable a quienes se vincularon con posterioridad a la Ley 812 de 2003.

Afirma que en el caso bajo estudio debe darse aplicación de lo dispuesto en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, el 4 de agosto de 2010, la cual fue clara en establecer que las sumas que el servidor público reciba habitual y periódicamente en el último año de servicio constituyen salario base de liquidación, es decir, que el listado de factores de las Leyes 33 y 62 de 1985, no es taxativo, sino meramente enunciativo.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

• MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

Dentro del término legal establecido el apoderado de la entidad demandada, contesta la demanda manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda, en síntesis con fundamento en los siguientes argumentos (fls.39-46):



Manifiesta que en virtud de la descentralización del sector educativo plasmado en la Constitución Política, desarrollado en la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, mediante las cuales se traslada la facultad de administración de los recursos a las entidades del orden territorial, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ente nominador en materia ejecutiva, siendo responsabilidad de los municipios, distritos y departamentos certificados, acorde a la Ley 115 de 1994.

Agrega que mediante el Decreto 2831 de 2005, se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, aclarando que el MINISTERIO DE EDUCACION no es el administrador del FONPREMAG, ya que ello es competencia de la FIDUPREVISORA S.A., quien defiende sus intereses y responde por los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, traducidos en obligaciones que incluyen el pago de las prestaciones de los maestros afiliados al Fondo.

Señala que se opone a todas las pretensiones de la demanda, dado que la pensión del demandante debe liquidarse con el promedio de los factores devengados durante el último año de servicios sobre los cuales se haya hecho aportes para pensión de jubilación, en aplicación de las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985.

Finalmente propone las excepciones que denomina: *VINCULACION DE LITISCONSORTE*; *FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA* y *PRESCRIPCION*, la cuales fueron decididas en audiencia inicial (fls.61 a 65).

III. ACTUACION PROCESAL:

3.1 Audiencia Inicial:

Admitida la demanda por este Juzgado mediante proveído del 19 de julio de 2017¹ y notificada la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO², contestó la demanda dentro del término legal³; una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones⁴ mediante proveído del 22 de febrero de 2018, se fijó fecha para audiencia inicial⁵ la cual se realizó el 16 de mayo de 2018, 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 pruebas⁶. Por auto del 24 de mayo de 2018, se aceptó la justificación por inasistencia presentada por el apoderado de la parte actora a la audiencia inicial⁷.

¹Folios 24 a 28.

²Folios 32 a 36.

³Folios 39 a 46

⁴Folios 54.

⁵Folios 57 y 58.

⁶Folios 61 a 65.

⁷Ver folios 96 y 97.



3.2 Audiencia de Pruebas: el 26 de julio de 2018, se realizó 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 escrito⁸.

IV. ALEGATOS:

- De la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

Dentro del término legal el apoderado de la parte demandada presenta alegatos de conclusión (fls.113 a 120 vto.), manifestado que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agrega que al actor no le asiste el derecho que está reclamando, en razón a que 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 encuentran los que está solicitando en la demanda.

Indica que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2010, no debe aplicarse, a contrario sensu señala que la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, fijó un criterio al respecto, razón por la cual solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

V. CONCEPTO MINISTERIO PUBLICO:

La señora Procuradora 68 Judicial para asuntos administrativos de Tunja, en su concepto de fondo (fls.121 y s.s.), después de hacer referencia a las normas que regulan las pensiones de jubilación de los empleados de entidades del sector nacional, señala que la Ley 60 de 1993, la Ley 115 de 1994 y la Ley 812 de 2003, preservaron el régimen prestacional contemplado en la Ley 91 de 1989, según lo cual continúa aplicándose la Ley 33 de 1985.

Sustenta que para el caso del demandante, se debe aplicar la sentencia de unificación del año 2010, la que unifica la posición en cuanto a la aplicación de los factores salariales y en consecuencia debe declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado, dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, al principio de favorabilidad y a las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Concluye que se debe declarar la nulidad parcial del acto demandado, y en consecuencia ordenarse a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta los factores salariales percibidos durante el último año de servicios comprendido entre el 3 de agosto de 2012 al 02 de agosto de 2013, esto es, asignación básica, auxilio de movilización, doceava de la prima de vacaciones, y doceava de la prima de navidad, realizando los descuentos de ley.

⁸Ver folios 109 a 111.



Finalmente indica que se debe declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas anteriores al 9 de junio de 2014.

VI. 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:

• Documentales:

- Copia de la **Resolución No. 000437 de 4 de febrero de 2014**, por medio de la cual el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordena el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, efectiva a partir del 02 de agosto de 2013 (fls.17 a 19 y 73 a 75).
- Certificado de Tiempo de Servicios generado por la Secretaría de Educación de Boyacá, en el que se señala que el demandante fue vinculado como docente a partir del 1 de agosto de 1993, realizando aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls.93 a 95 y 107 a 108).
- Certificado de salarios y devengados No. 2264 del 26 de agosto de 2013, y 938 del 23 de mayo de 2018, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, en los que se indica que el demandante fue vinculado en propiedad como docente nacional y que durante el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2012 al 2 de agosto de 2013, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de movilización, prima de vacaciones (noviembre 2012) y prima de navidad (diciembre de 2012) (fls.20 y 21; 105 y 106).
- Copia de la cédula de ciudadanía y registro civil del señor HUGO BASTIDAS ORTIZ, en el que indica que el docente nació el 2 de mayo de 1956 (fls.16, 86 y 92).

5.2 Prueba de mejor proveer:

Encontrándose el expediente al Despacho para proferir fallo de primera instancia por existir puntos dudosos y oscuros pendientes por resolver por **auto del 28 de septiembre de 2018** (fls.131 a 133) en aplicación de la potestad conferida en el artículo 213 del CPACA y previo a proferir fallo se consideró necesario y pertinente solicitar como prueba de oficio la siguiente:

“ 1. **OFICIAR** a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ**, para que en el término máximo de diez (10) contados a partir del recibo de la respectiva comunicación **certifique** con destino a este proceso de manera **clara y precisa**, para el caso de señor **HUGO BAUTISTA ORTIZ** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 3.553.369, si sobre el factor salarial devengado de **Prima de Navidad** se realizaron los



*descuentos por concepto de aportes a pensión, para el periodo comprendido entre 03 de agosto de 2012 al 02 de agosto de 2013. Se advierte, que esta información se requiere con el fin de establecer si dicho factor debe ser incluido en la base de liquidación de la pensión del demandante.
(fls.131 y s.s.).*

Para tal efecto, se libró el Oficio No. 1471/2017-00090 del 09 de octubre de 2018 (fl.136).

En respuesta al referido oficio la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA, informa mediante Oficio No. 1.2.5.1.1.38 -2018 PQR53704 de fecha 16 de octubre de 2018, "señalamos que para el caso del señor HUGO BAUTISTA ORTIZ quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 3.553.369, los ingresos percibidos por concepto de PRIMA DE NAVIDAD para el periodo comprendido entre agosto de 2012, hasta agosto de 2013, no fueron considerados como factor salarial base de liquidación de aportes a pensión, teniendo en cuenta las disposiciones legales..." (fl.140).

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. TESIS Y PROBLEMA JURIDICO:

De la interpretación de los actos procesales de introducción y contradicción, el Despacho concreta las tesis argumentativas del caso, desplegadas por las partes, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente se formulará el problema jurídico y se anunciará la posición que asumirá la instancia así:

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

Señala que la pensión de jubilación del demandante, debe reliquidarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios antes de su status. Así mismo, afirma que en el caso bajo estudio debe darse aplicación de lo dispuesto en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, el 4 de agosto de 2010, la cual es clara en establecer que las sumas que el servidor público recibió habitual y periódicamente en el último año de servicio constituyen salario base de liquidación, es decir que el listado de factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativo, sino meramente enunciativo.

- **Tesis argumentativa de la parte demandada FONPREMAG:**

Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la pensión del demandante debe liquidarse con el promedio de los factores devengados durante el último año de servicios sobre los cuales se haya hecho aportes para pensión de jubilación, en aplicación de las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985. Así mismo que la sentencia de unificación del Consejo de estado del año 2010, no debe aplicarse, a contrario sensu señala que la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, fijó un criterio al respecto, razón por la cual solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Decisión

- **Tesis argumentativa propuesta por el Ministerio Público:**

Considera que para el caso del demandante, no existe un régimen especial de pensiones luego se rige por el sistema general de los servidores públicos. En cuanto al tema de la liquidación considera que se debe aplicar la sentencia de unificación del año 2010, la que unifica la posición en cuanto a la aplicación de los factores salariales y en consecuencia de debe declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado, dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, al principio de favorabilidad y a las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Así mismo, indica que la pensión del actor se debe reliquidar teniendo en cuenta los factores salariales percibidos durante el último año de servicios comprendido entre el 3 de agosto de 2012 al 02 de agosto



de 2013, esto es, asignación básica, auxilio de movilización, doceava de la prima de vacaciones, y doceava de la prima de navidad, realizando los descuentos de ley. Finalmente indica que se debe declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas anteriores al 9 de junio de 2014.

- **Problema jurídico:**

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos (fls.63 y 65):

Corresponde al Despacho determinar si: *¿Procede la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No. 000437 del 04 de febrero de 2014 y en caso afirmativo establecer si la pensión de jubilación reconocida al señor HUGO BAUTISTA ORTIZ, debe ser reliquidada para incluir en su ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados durante el año antes de adquirir el status de pensionado, en aplicación de la sentencia de unificación del CONSEJO DE ESTADO?*

- **Tesis argumentativa del Despacho:**

El Juzgado negará las pretensiones de la demanda al considerar aplicable al presente caso, las reglas fijadas en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se señaló que 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, solo se tendrán en cuenta los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En consecuencia, en el caso bajo estudio no procede la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de la prima de navidad solicitada, en razón a que, sobre dicho factor no se acreditó que se hubieran efectuado aportes al sistema de pensión y adicionalmente no está previsto en la Ley 62 de 1985.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho abordará su estudio, al tenor del siguiente orden expositivo:

- 2.1 *Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.*
- 2.2 *De la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FNPSM.*

Finalmente, se abordará el caso concreto.

2.1 DEL REGIMEN JURIDICO APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION JUBILACION 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 Leyes 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 entendido el Consejo de Estado quien en sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; señaló:

“En materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.”

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).

Lo cual se les garantizo a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, en similares términos, 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 3º los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, disposición que fue modificada por el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1985, y que establece lo siguiente:

“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.”



"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional- asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" (Subraya del Despacho).

2.2 DE LA SENTENCIA DE UNIFICACION DEL 25 DE ABRIL DE 2019, SOBRE EL INGRESO BASE DE LIQUIDACION EN EL RÉGIMEN DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL AFILIADOS AL FNPSM.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el **25 de abril de 2019**, dentro del proceso con radicación 68001-23- 33-000-2015-00569-01 y con ponencia del Consejero Doctor César Palomino Cortés, modificó su posición respecto a la interpretación frente al ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FNPSM, y en consecuencia quedó sin vigencia la posición jurisprudencial fijada por en la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, los factores previstos en la Ley 33 y 62 de 1985, eran meramente enunciativos y no taxativos.

Así, en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes precisando lo siguiente:

"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.

(...)

La Sección Segunda en su función unificadora (...) 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.***

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.

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.

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.

(...)

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los **docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados** y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años;
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años;
- ✓ Tasa de remplazo: 75%;
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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.**

(...)

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.

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.

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. (...)" (Negrilla del texto original y subrayas del Despacho).

Con fundamento en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó las siguientes reglas de unificación sobre el IBL en pensión de los docentes:

"(...)

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

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

2. 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.** (Negrilla del texto original y subrayas del Despacho).



Así las cosas, atendiendo las citadas reglas de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el Despacho modificará la postura respecto del carácter enunciativo de los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta para establecer la base pensional, **y por consiguiente establece que se deberán tener en cuenta únicamente aquellos factores salariales sobre los cuales fueron realizados aportes cuya pensión se rige por las Leyes 33 y 62 de 1985.**

Finalmente cabe precisar que el Consejo de Estado señaló que las reglas de unificación contenidas en la citada sentencia deben **aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.** En consecuencia, el Despacho acoge el criterio jurisprudencial de la Sala de Unificación por constituir precedente de obligatorio cumplimiento conforme a lo establecido en los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

Tomando en consideración el criterio jurisprudencial antes referido, procede el Despacho a analizar la resolución del caso.

3. CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso bajo estudio observa el Despacho que el demandante HUGO BAUTISTA ORTIZ pretende con la declaratoria de **nulidad parcial** de la **Resolución No. 000437 del 04 de febrero de 2014**, "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una PENSION VITALICIA DE JUBILACION*", expedida por la Secretaría de Educación de Tunja, en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la reliquidación de su pensión con la inclusión de la **totalidad de los factores salariales** devengados durante el año antes de adquirir el status de pensionado, en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Al respecto, dentro del plenario se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que el señor **HUGO BAUTISTA ORTIZ**, ha laborado como docente desde el 01 de agosto de 1993 hasta el 01 de agosto de 2013, como se desprende del Certificado de Tiempo de Servicios generado por la Secretaría de Educación de Boyacá obrante a folios 93 a 95 y 107 a 108.
- Que mediante la **Resolución No. 000437 del 4 de febrero de 2014**, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, con status adquirido el **02 de agosto de 2013**, teniendo como base de liquidación el periodo comprendido entre el **03 de agosto de 2012 al 02 de agosto de 2013**, incluyendo como factores salariales *la asignación básica, auxilio de movilización y la prima de vacaciones* a partir del 02 de agosto de 2013 (fls.17 a 19 y 73 a 74).
- Que conforme a los Certificados de salarios y devengados Nros. 2264 del 26 de agosto de 2013 y 938 del 23 de mayo de 2018, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, el accionante durante el último año anterior al status, esto es, **entre el 03 de agosto de 2012 al 02 de agosto de 2013**, devengó los siguientes factores salariales (fls.20 y 21; 105 y 106):



- *Asignación básica*
 - *Auxilio de movilización*
 - *Prima de vacaciones (noviembre 2012)*
 - *Prima de navidad (diciembre de 2012)*
- Que por **auto del 28 de septiembre de 2018** (fls.131 a 133) en aplicación de la potestad conferida en el artículo 213 del CPACA y previo a proferir fallo se consideró necesario y pertinente solicitar como prueba de oficio la siguiente:

“ 1. OFICIAR a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, para que en el término máximo de diez (10) contados a partir del recibo de la respectiva comunicación certifique con destino a este proceso de manera clara y precisa, para el caso de señor HUGO BAUTISTA ORTIZ identificado con Cédula de Ciudadanía No. 3.553.369, si sobre el factor salarial devengado de Prima de Navidad se realizaron los descuentos por concepto de aportes a pensión, para el periodo comprendido entre 03 de agosto de 2012 al 02 de agosto de 2013. Se advierte, que esta información se requiere con el fin de establecer si dicho factor debe ser incluido en la base de liquidación de la pensión del demandante. (fls.131 y s.s.).

- Que en respuesta al anterior requerimiento la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA, informó mediante el **Oficio No. 1.2.5.1.1.38 -2018 PQR53704 de fecha 16 de octubre de 2018**, lo siguiente: *“señalamos que para el caso del señor HUGO BAUTISTA ORTIZ quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 3.553.369, los ingresos percibidos por concepto de PRIMA DE NAVIDAD para el periodo comprendido entre agosto de 2012, hasta agosto de 2013, no fueron considerados como factor salarial base de liquidación de aportes a pensión, teniendo en cuenta las disposiciones legales...”* Negrilla del Despacho (fl.140).

Del anterior análisis probatorio lo primero que se advierte, es que el señor HUGO BAUTISTA ORTIZ, nació el 2 de mayo de 1956 (fls.86 y 92), y adquirió el status de jubilado el día **02 de agosto de 2013**, siendo reconocida su pensión mediante **Resolución No. 000437 del 4 de febrero de 2014**, fecha para la cual tenía cumplidos más 55 años de edad y laborados 20 años de servicio, pues su ingreso al servicio se efectuó desde el **01 de agosto de 1993**.

En consecuencia, conforme a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en materia de factores salariales para liquidar la pensión, le resulta aplicable el régimen contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985, dado que su vinculación como docente se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En segundo lugar, revisado el contenido del acto administrativo demandado se observa que para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante se incluyeron como factores salariales devengados entre el **03 de agosto de 2012 al 02 de agosto de 2013**, los siguientes:

<i>Asignación básica</i>	2.916.722
<i>Bonificación Decreto 1566 de 2014</i>	35.321
<i>Prima de vacaciones</i>	125.667



Ahora, se advierte, que el debate en el presente asunto gira en torno a la reliquidación de la pensión del demandante con la inclusión de la **prima de navidad**, la cual no fue tomada en cuenta por la entidad demandada en la Resolución No. 000437 del 4 de febrero de 2014, para liquidar la pensión de jubilación del demandante.

Al respecto, como se explicó en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente providencia, no hay lugar a la reliquidación de la prestación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, porque como lo precisó la Sección Segunda del Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de abril de 2019**, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento, los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente, de acuerdo al artículo tercero, inciso segundo de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, son los siguientes: *asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio*.

Así mismo, en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, que sirve de fundamento para esta decisión se precisó que en el régimen docente, 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**.

Así las cosas, en lo que concierne a la solicitud de la parte demandante, esto es la inclusión de la **prima de navidad**, el Despacho encuentra que la misma no se encuentran enlistada en el artículo tercero, inciso segundo de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, razón por la cual, no resulta procedente su inclusión en la base de liquidación de la mesada pensional del demandante, tal como lo señala la regla de unificación fijada por el Consejo de Estado para el caso de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como es el caso del aquí demandante, quien se vinculó a la docencia el 1 de agosto de 1993 (fols 81, 93, 107).

De igual forma, tampoco se encuentra acreditado dentro del plenario que sobre el factor de prima de navidad, se hubieran efectuado aportes al sistema de pensión, por el contrario, en el Oficio No. 1.2.5.1.1.38 -2018 PQR53704 de fecha 16 de octubre de 2018, la Secretaria de Educación de Boyacá, informó que *"...los ingresos percibidos por concepto de PRIMA DE NAVIDAD para el periodo comprendido entre agosto de 2012, hasta agosto de 2013, no fueron considerados como factor salarial base de liquidación de aportes a pensión, teniendo en cuenta las disposiciones legales..."* (fol.140). (Subraya del Despacho).

Por otro lado, es importante precisar que las pretensiones de la demanda, están dirigidas a la inclusión de los factores **que no fueron incluidos**, en estas condiciones, como la sentencia debe ser congruente con lo pedido, mal podría examinarse si los factores **incluidos** por la entidad se establecen en la ley. Así lo precisó la sentencia de unificación, en los siguientes términos:



*“La señora Abadía Reynel Toloza no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores **devengados** en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como se solicitó en la demanda.*

*No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de navidad 1/12, la prima de vacaciones 1/12, y la prima climática, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, **el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.***

El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.”.
(Negrilla del Despacho).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, en el caso bajo estudio conforme a las reglas fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del de 25 de abril de 2019, no procede la reliquidación de la pensión de jubilación del docente con la inclusión de la prima de navidad solicitada, en razón a que, sobre dicho factor no se acreditó que se hubieran efectuado aportes al sistema de pensión y adicionalmente no está previsto en la Ley 62 de 1985 y en estas condiciones deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo demandado, lo cual impone denegar las pretensiones de la demanda.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, lo procedente sería condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandante, sin embargo, no se condenará en costas dentro del expediente de la referencia, atendiendo a que al momento de presentación de la demanda el precedente del Consejo de Estado era favorable a las pretensiones, situación que hacía comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte actora.

VIII. DECISION

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: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas por el señor **HUGO BAUTISTA ORTIZ**, contra el **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

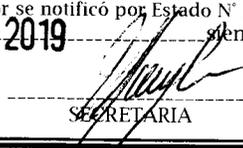


SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: 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 PERERIRA JÁUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El fallo anterior se notificó por Estado N°	40
27 SEP 2019	de HOY siendo las 8:00 A.M.
 SECRETARIA	

