**QUINQUENIO COMO FACTOR PARA LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN GRACIA – Creación y vigencia.**

Ahora bien, como lo que se discute con la demanda es que el factor quinquenio fue creado por quien no tenía competencia para ello y, en tal razón, no era procedente su inclusión en el reconocimiento pensional, resulta pertinente traer en cita las consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado, en cuanto tienen que ver con la naturaleza del decreto 1135 de 1952, específicamente el artículo 10º, que según lo informado por el Departamento de Boyacá fue el que determinó la creación del referido factor. Así, se advierte que, a través del auto de 9 de noviembre de 1988, la Sección Segunda del Consejo de Estado ordenó la suspensión de los efectos del referido decreto al considerar que, pese a su carácter de reglamentario, estatuyó aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, por lo que, excedió tal potestad y usurpó la competencia reservada al Congreso. Expresamente indicó:(…). Entre tanto, a través de la sentencia de 7 de noviembre de 1992, la referida Corporación se declaró inhibida para resolver la demanda de nulidad promovida en contra del artículo 10 del decreto reglamentario 1135 de 1952, al considerar que, con la expedición del Decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214, se hizo claridad acerca de que los incrementos del 25% y el 50%, establecidos en la norma en comento, se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, sin que fuera dado decretarlos con posterioridad. Así, se indicó: (…) Conforme con ello, es dable concluir que, el factor quinquenio estuvo vigente hasta la expedición del Decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, conforme con los cuales, los incrementos del 25% y el 50% que establecía el referido artículo, se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, sin que, en términos del mismo Consejo de Estado, fuera dable decretarlos con posterioridad a dicho marco normativo. Expresamente, el artículo 6º del Decreto – ley 624 de 1980 señaló: (…)“Los docentes que en la actualidad se encuentren devengando un porcentaje del 25% y 50% por cinco o diez años de servicio en la primera categoría de primaria, continuarán devengándolo siempre y cuando permanezcan en el grado 2 del nuevo Escalafón Nacional Docente”. Norma que entró en vigor y surtió efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1980. (art. 7º).

**QUINQUENIO COMO FACTOR PARA LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN GRACIA - Al quedar desvirtuado que fue creado por quien no tenía competencia constitucional y legal para ello, conforme con el artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980, se continuaría pagando únicamente a los docentes que venían devengándolo.**

La UGPP presenta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) con la finalidad de obtener la nulidad de las resoluciones No 27330 de junio de 2007 y RDP 044611 de septiembre de 2013, a través de las cuales se reliquidó la pensión gracia reconocida a la señora Garcia Santander, con la inclusión del quinquenio como factor salarial. Conforme al trámite del proceso, en la etapa de saneamiento se ordenó tener, igualmente, como demandados los actos administrativos contenidos en las resoluciones No 7994 de 31 de julio de 1995 y RDP 028322 de junio de 2013. De acuerdo con el concepto de violación, se señaló que no le asistía el derecho a la docente demandada a la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión del referido factor en el IBL, debido a que, este no fue creado por el gobierno nacional en desarrollo de la ley 4ª de 1992, es decir, por tratarse de un factor extralegal. El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que, como la demandada devengó el factor en comento durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, era viable incluirlo en el IBL de la prestación, dado que, fue percibido de manera habitual y periódica. Criterio del que discrepa la entidad demandante, insistiendo en que, si bien, el factor quinquenio fue devengado a la fecha de adquisición del estatus, este fue creado por quien no tenía competencia para ello. Conforme con el acto administrativo de reconocimiento pensional *resolución No 007994 de julio de 1995*-, la Sala advierte que, contrario a lo manifestado por la entidad demandante, desde ese momento se ordenó incluir en el IBL de la prestación, el factor del quinquenio. Luego, no es cierto que la reliquidación de la prestación tuvo por objeto su inclusión, pues, se reitera, este fue incluido desde el momento mismo del reconocimiento pensional. Así, la discusión acerca de la inclusión del referido factor en IBL surgió hasta en el año 2013, cuando a través del Auto ADP 011075, la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la UGPP dispuso requerir a la docente demandada para que otorgara el consentimiento previo, en la forma establecida en el artículo 97 del CPACA, con la finalidad de revocar la resolución No 28322 de junio de 2013 en la que, además de haber establecido la fecha del estatus pensional de forma errónea, se incluyó el factor del quinquenio. De la relación probatoria que precede, se tiene que la docente Mery Cecilia García Santander nació el 31 de marzo de 1944, luego los 50 años de edad los cumplió el 31 de marzo de 1994. Conforme con el certificado de factores expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, los factores salariales que la docente devengó en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre 1º de abril de 1993 a 31 de marzo de 1994, corresponden a la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, quinquenio 25%, sobresueldo mensual 20% y prima de navidad. Según se informó de manera expresa por el Departamento de Boyacá, el factor quinquenio fue creado a través del Decreto 1135 de 1952 del orden nacional, por el cual se dictaron algunas disposiciones sobre escalafón nacional de enseñanza primaria. En particular, en lo dispuesto en el artículo 10, estableció que “los maestros que hayan cumplido 5 años de servicio en primera categoría en escuelas oficiales y que se someten a un examen de capacitación pedagógica y obtengan en él un puntaje no menor del 80% adquieren el derecho a un aumento del 25% *del sueldo que devengan mensualmente*”. En el mismo sentido se tiene que, conforme con el decreto 992 de 21 de agosto de 1978, se reconoció y reglamentó el reajuste salarial a los maestros de enseñanza de primaria del Departamento de Boyacá dentro de los cuales se incluyó a la docente demandada. Tal como fue acreditado expresamente por el Departamento de Boyacá. Como se indicó en precedencia, desde noviembre de 1988, el Consejo de Estado suspendió, provisionalmente, el artículo 10º del Decreto 1135 de 1952, sosteniendo que, como la norma de carácter reglamentario estatuyó aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, excedió tal potestad y usurpó competencia reservada al Congreso. Sin embargo, a través de pronunciamiento del 7 de noviembre de 1992, la referida Corporación se declaró inhibida para resolver la demanda de nulidad promovida, sosteniendo que, con la expedición del decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214, los incrementos establecidos en la norma en comento se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos. Es decir, que el aumento invocando el artículo 10º del decreto 1135 de 1952 estuvo vigente hasta la expedición del decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, sin que, fuera dable decretarlos con posterioridad. Expresamente se indicó: (…). Como se advirtió, a través del decreto 992 de 21 de agosto de 1978, el Gobernador de Boyacá dispuso el reconocimiento y pago del 25% sobre el sueldo básico mensual -*quinquenio*-, de conformidad con el artículo 10 del decreto 1135 de 1952, entre otros, a la docente Mery Cecilia Garcia Santander. Posteriormente, en 1980, fue expedido el Decreto-ley 624 y su decreto reglamentario 2214, en el que se refirió a los docentes que en ese momento se hallaban devengando los porcentajes del 25% y del 50% -*conforme al artículo 10 del decreto 1135 de 1952*-, para indicar que se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, esto es, el caso de la docente demandada a quien el reconocimiento del factor se efectuó en 1978. Luego, como a la docente le fue reconocido el factor quinquenio desde 1978, este es un factor legal, por virtud del artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario, que, al haber sido devengado en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su estatus pensional, debía ser incluido en el IBL de la pensión gracia. Al respecto, valga precisar que, si bien, en el año de 1988 el Consejo de Estado decidió suspender provisionalmente el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952 por considerar que dicha norma de carácter reglamentario había excedido tal potestad y usurpó competencia reservada al Congreso, también es cierto que en el fallo del proceso de nulidad en contra de la referida disposición se indicó que la medida de suspensión quedaba sin efectos, debido a que, el derecho al reconocimiento de los porcentajes del 25% y del 50% fue consolidado en virtud del artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980; luego, para la fecha de la expedición del auto de 1988, los mandatos del artículo 10 del decreto 1135 ya no tenían efectos, pues había dejado de regir, al ser sustituido por otras normatividades, de tipo superior, dado que se hallaban contenidas en un Decreto con fuerza de ley. En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia, esto es, al quedar desvirtuado que el factor quinquenio fue creado por quien no tenía competencia constitucional y legal para ello, puesto que, conforme con el artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980, el referido factor se continuaría pagando únicamente a los docentes que venían devengándolo, como es el caso de la docente Mery Cecilia Garcia Santander a quien le fue reconocido en 1978.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333013201500064011500123> |

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)

ACCIONANTE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (en adelante **UGPP**)

ACCIONADO: MERY CECILIA GARCÍA SANTANDER

RADICACIÓN: 150013333 013 2015 00064 01

# ====================================

La Sala resuelve el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda. Al respecto, se confirmará la decisión recurrida.

# ANTECEDENTES

**I.1. DEMANDA.** (Fls. 1-6)

La UGPP, a través de apoderado judicial, promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho-Lesividad en contra de la señora Mery Cecilia García Santander, a fin de obtener la nulidad de las Resoluciones No 27330 de 13 de junio de 2007 y No RDP 044611 de 25 de septiembre de 2013, a través de las cuales se reliquidó la pensión gracia con la inclusión del quinquenio como factor salarial. Conforme al trámite del proceso, en la etapa de saneamiento, se ordenó tener, igualmente, como demandados los actos administrativos contenidos en las resoluciones No 7994 de 31 de julio de 1995 y RDP 028322 de junio de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada a restituir a la entidad todas las sumas de dinero pagadas en exceso, con ocasión de la reliquidación de la pensión, con la inclusión del quinquenio como factor salarial a lo cual no tenía derecho. Solicitó la actualización de la condena en los términos del artículo 178 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante **CPACA**). Aunado a que se reconozca el pago de intereses comerciales y moratorios y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

**Situación fáctica.** La entidad demandante soportó las pretensiones que reclama con fundamento en los siguientes hechos:

CAJANAL, por medio de la resolución No 7994 de 31 de julio de 1995, reconoció la pensión gracia a favor de la señora Mery Cecilia García Santander, efectiva a partir del 31 de marzo de 1994, la cual fue liquidada de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.

Por medio de la resolución No 27330 de 13 de junio de 2007, CAJANAL reliquidó la pensión gracia, por nuevos factores salariales, en virtud de las disposiciones contenidas en el decreto 1743 de 1966, incluyendo la asignación básica, la prima de navidad, el sobresueldo, la prima de alimentación, el grado mensual y ***el quinquenio***, efectiva a partir del 31 de marzo de 1994, pero con efectos fiscales desde el 23 de agosto de 2003.

Con ocasión de la resolución DP 028322 de 21 de junio de 1993, se reliquidó, nuevamente, la pensión en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 4ª de 1966, tomando el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus, es decir, del periodo comprendido entre 1 de enero de 1994 a 30 de diciembre de 1994, efectiva a partir del 31 de marzo de 1994, pero con efectos fiscales desde el 29 de abril de 2010.

A través del Auto No ADP 011075 de 30 de julio de 2013, la UGPP solicitó de la demandada el consentimiento a fin de revocar y corregir la liquidación del reconocimiento pensional debido a que en la liquidación se tuvo en cuenta, únicamente, los factores salariales devengados entre el 1 de enero de 1994 y el 30 de diciembre de

1994, siendo que en la parte motiva del acto se indicó que el status fue adquirido el 31 de marzo de 1994; así las cosas, había existido un error involuntario en la digitalización del estatus y en consecuencia en la liquidación de la prestación, pues únicamente se tuvo en cuenta el año 1994 sin tener en cuenta el año 1993, aunado a que se tuvo en cuenta el factor salarial denominado quinquenio. Petición que se elevó, igualmente, a través de la resolución ADP 011952 de agosto de 2013, en la que se solicitó revocar y corregir la resolución RDP 028322 de junio de 2013.

Finalmente, a través de la resolución RDP 044611 de septiembre de 2013, además que se revocó la resolución No RDP 028322, en atención a que la señora Mery Cecilia García Santander expresamente concedió consentimiento a la UGPP para revocar y corregir la liquidación efectuada en la referida resolución, se reliquidó la pensión de jubilación en cuantía de $399.848 efectiva a partir del 31 de marzo de 1994, con efectos fiscales a partir del 29 de abril de 2010, incluyendo dentro de la liquidación el factor salarial del quinquenio.

**I.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.** (Fls. 218-220)

El Juzgado Trece Administrativo de Tunja, a través de la sentencia de 3 de noviembre de 2016, ***negó*** las súplicas de la demanda y condenó en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

Sostuvo que la demandada devengó, entre el 30 de marzo de 1993 y el 31 de marzo de 1994, los factores de asignación básica, prima de grado, prima de alimentación, el sobresueldo del 20%, la prima de navidad y el ***quinquenio***. Luego, si percibió este último factor en el año anterior al estatus pensional, necesariamente debía ser incluido en el ingreso base de la prestación, aunado a que, desde el reconocimiento pensional, en 1995, fue incluido en atención a que, en efecto, fue devengado en el año anterior a la adquisición del estatus. Así entonces, quedaba desvirtuada la afirmación de la entidad demandante, que señalaba que, fue hasta en la resolución 27330 de junio de 2007 en la que se incluyeron nuevos factores dentro de los cuales se incluyó el quinquenio. Siendo que, en dicho acto administrativo, tan solo se incluyeron los factores salariales que no se habían tenido en cuenta en el reconocimiento pensional y que correspondieron a la prima de navidad, prima de grado y prima de alimentación, igualmente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus. Por lo tanto, al haberse dado aplicación a la norma que regula lo ateniente a la liquidación de la pensión gracia, no existe violación de normas superiores y en tal razón, era dable señalar que los actos enjuiciados se encontraban ajustados a derecho.

En cuanto tiene que ver con la resolución RDP 44611 de septiembre de 2013, adujo que dicho acto administrativo tampoco atenta contra el ordenamiento jurídico al haber incluido el quinquenio en la liquidación de la prestación, por cuanto, este corresponde a un factor salarial que debe incluirse en el IBL siempre que se haya devengado de manera habitual y periódica y se haya devengado durante el año anterior a la consolidación del estatus pensional. En el presente caso, está desvirtuado que la reliquidación de la prestación se hubiese dado como consecuencia del retiro definitivo del servicio, pues ello obedeció a la inclusión de otros factores que no fueron tenidos en cuenta al momento del reconocimiento pensional.

**I.3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.**

La parte demandante solicitó revocar la decisión de primera instancia, sosteniendo que, si bien el factor salarial denominado quinquenio fue devengado a la fecha de adquisición del estatus de la demandada, lo cierto es que, este fue creado por la Asamblea Departamental de Boyacá sin que tuviera competencia para tal efecto. Así entonces, al haberse efectuado la reliquidación de la pensión con la inclusión del quinquenio como factor salarial, además que, es improcedente e ilegal, se vulnera la estabilidad financiera del sistema pensional. Máxime, si el órgano de la jurisdicción ha indicado que la naturaleza jurídica del quinquenio se equipara a una prestación social y no a un factor salarial.

Igualmente, reprochó que el fundamento jurisprudencial de la decisión de primera instancia estuviera soportado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, pronunciamiento en el que se estableció que, en el IBL de la pensión deben tenerse en cuenta todos los factores devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del estatus jurídico, postura que conlleva una interpretación exegética y que desconoce que cuando los factores salariales han sido creados y reconocidos por fuera del marco legal de competencias no es posible su inclusión en la base de liquidación pensional, aun cuando éstos hayan sido certificados como devengados.

**I.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.**

*4.1. La parte demandante.* (Fls. 246-251)*.* Recabó en los mismos argumentos esbozados en el escrito de apelación, sosteniendo que, si bien el factor salarial del quinquenio fue devengado a la fecha de adquisición del estatus, este fue creado por la Asamblea Departamental de Boyacá sin que tuviera competencia para ello.

*4.2. La parte demandada.* (Fls. 244-245). Solicitó confirmar la decisión de primera instancia en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad y de igualdad, y garantía del debido proceso administrativo.

# CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden: *i.* lo que se debate y formulación del problema jurídico; *ii.* las proposiciones sobre los hechos; *iii.* liquidación y la forma de establecer la cuantía en relación con la pensión gracia, para finalmente abordar, *iv.* estudio y solución del caso concreto.

**II.1. LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.**

**1.1. Tesis de la parte demandante (recurrente).**

En síntesis, acotó que, si bien el factor salarial del quinquenio fue devengado a la fecha de adquisición del estatus, este fue creado por quien no tenía competencia constitucional y legal para ello. Por lo que, al haberse efectuado la reliquidación de la pensión con la inclusión de dicho factor, además de ser improcedente e ilegal, vulnera la estabilidad financiera del sistema pensional. Circunstancias que fueron igualmente desconocidas por la *a quo* al aplicar la sentencia de 4 de agosto de 2010 para resolver el fondo del asunto.

**1.2. Tesis del Juez de Instancia.**

En estricto sentido, precisó que como la demandada devengó el factor del quinquenio durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, era viable incluirlo como factor salarial en el IBL de la prestación, dado que, fue percibido de manera habitual y periódica por parte de la demandada.

**1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis general de la Sala.**

En virtud de la postura esgrimida con el recurso de apelación, la Sala de Decisión formula el siguiente interrogante a resolver:

***¿*** *Es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos que dispusieron el reconocimiento y reliquidación de la pensión gracia de la docente Mery Cecilia García Santander, al haber incluido, como factor de liquidación de la prestación, el* ***quinquenio?***

Para la Sala, no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos de reconocimiento y reliquidación pensional, al haber incluido el factor quinquenio dentro del IBL para la liquidación de la prestación, puesto que, para la fecha en que se reconoció el factor a la docente, según la ley y la interpretación jurisprudencial, era plenamente procedente.

**II.2. LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.**

En el expediente se encuentran probadas las afirmaciones sobre los siguientes hechos, relevantes para resolver el fondo del asunto:

**--**CAJANAL expidió los siguientes actos administrativos con relación a la pensión gracia de la docente Mery Cecilia García Santander:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Acto admtvo**  | **Decisión**  | **Factores tenidos en cuenta**  | **Cuantía**  | **Efectividad del reconocimiento**  | **Efectos fiscales de la prestación**  |
| 007994 de 31/julio/1995[[1]](#footnote-1)  | Reconocimiento pensión gracia  | -Asignación básica -Sobresueldo -Quinquenio mensual  | $368.971  | 31/marz/1994  | 31/marz/1994  |
| 027330 13/junio/2007[[2]](#footnote-2)  | Reliquidó pensión gracia (por nuevos factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de estatus jurídico de pensionada)  | * Asignación básica. - Prima de navidad. - sobresueldo. -prima de alimentación
* Quinquenio - Grado mensual.

  | $396.938  | 31/marz/1994  | 23/agos/2003  |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | Factores devengados entre 1993 y 1994  |  |  |  |
| RDP 028322 21/junio/2013[[3]](#footnote-3)  | Reliquidó pensión gracia (de conformidad con la ley 4ª de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1996, tomando en cuenta el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición de estatus)  | -Asignación básica. - Prima de alimentación -Prima de grado. - Prima de navidad. - Quinquenio - Sobresueldo   Factores devengados entre 1/ene/1994 al 30/dic/1994  | $423.783  | 31/marz/1995  | 29/abr/2010  |
| Auto ADP 011075 30/julio/2013[[4]](#footnote-4)  Y  Auto 011952 27/agos/2013[[5]](#footnote-5)  | Ordena requerir a la señora Mery Cecilia Garcia para que otorgue el consentimiento previo y expreso para revocar la resolución No RDP 028322, debido a la fecha que se tuvo en cuenta como estatus pensional y a la inclusión del factor quinquenio.  |   |   |   |   |
| RDP 044611 25/septbre/ 2013[[6]](#footnote-6)  | Revocó la resolución No RDP 28322 de 21/junio/2013  | -Asignación básica. - Prima de alimentación -Prima de grado. - Prima de navidad. - Quinquenio - Sobresueldo  Factores devengados entre 1/abril/1993 al 31/marzo/1994  | $399.848  | 31/marz/1994  | 29/abr/2010  |

**--**Según el contenido del expediente administrativo, la fecha de nacimiento de Mery Cecilia García Santander es el 31 de marzo de 1944, luego los 50 años de edad los cumplió el 31 de marzo de 1994. **--**Los factores salariales que la docente devengó en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, entre 1º de abril de 1993 a 31 de marzo de 1994, conforme al certificado de salarios y devengados expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá[[7]](#footnote-7), corresponden a asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, ***quinquenio 25%***, sobresueldo mensual 20% y prima de navidad.

**--**De acuerdo con la información rendida por el Departamento de Boyacá, se advierte que, el factor quinquenio fue creado a través del Decreto 1135 de 1952 del orden nacional, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre escalafón nacional de enseñanza primaria, en particular en lo dispuesto en el artículo 10 estableció:



En el mismo sentido, la Secretaría de Educación allegó copia del decreto 992 de 21 de agosto de 1978, a través del cual, se reconoció y reglamentó el reajuste salarial a los maestros de enseñanza de primaria del Departamento de Boyacá y que corresponde al Quinquenio, en el cual está incluida la docente demandada:





**II.3. LIQUIDACIÓN Y LA FORMA DE ESTABLECER LA CUANTÍA EN RELACIÓN CON LA PENSIÓN GRACIA.**

El Consejo de Estado ha sostenido[[8]](#footnote-8) que, tratándose de la liquidación y forma de establecer la cuantía de la pensión gracia, la norma aplicable es la Ley 4 de 1966, “*por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*”; en su artículo 4 dispuso que, *“A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”.* La mentada disposición fue posteriormente reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, en cuyo artículo 5 dispuso que las pensiones deben ser liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios.

Es preciso reseñar que la aplicación especial de la norma anterior impide hacer uso de disposiciones del régimen ordinario, tales como las leyes 33 y 62 de 1985 y 71 de 1988 (art.9) y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, dado que la pensión gracia es una prestación especial que, a pesar de encontrarse a cargo del Tesoro Nacional, no requiere afiliación del beneficiario a la Caja Nacional de Previsión Social ni hacer aportes para el efecto.

Además, la referida Corporación[[9]](#footnote-9) ha precisado que, a diferencia de las pensiones ordinarias, ese último año de servicios se refiere al año anterior a la adquisición o consolidación del derecho, pues ese es el momento a partir del cual empieza a devengarse, y que, dado su carácter especial, admite su compatibilidad con el salario tratándose de docentes.

Conforme con ello, en la sentencia CE-SUJ-SII-11-2018 del 21 de junio de 2018 (argumento jurídico 3.3.) en la que se relacionaron las normas jurídicas aplicables y se determinó qué aspectos hacen parte de su cálculo. Los párrafos pertinentes establecieron lo siguiente:

“Ahora bien, en lo que se refiere a la liquidación de la pensión gracia se debe observar lo reglado en el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, que dispone:

*A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.*

Esta Ley no discriminó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966, preceptuó en el artículo 5.º:

*A partir del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.*

Así las cosas, la Sala encuentra necesario determinar ahora, qué factores son los que vienen a integrar el concepto de salario, pues sobre él es que se entra a precisar la base líquida para obtener el 75%, que corresponde al monto final de la pensión.

La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral; comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1º) prevé que salario es *«todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones».*

Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe que constituye salario *«[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».*

En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.”

De hecho, en la decisión de ese caso concreto la Sala Plena de la Sección Segunda erigió el siguiente mandato de restablecimiento:

“Razón por la cual, en lo que respecta al fondo del asunto controvertido, se revocará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda y en su lugar se declarará nula la Resolución UGM 23107 del 28 de diciembre de 2011 y se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión gracia deprecada, equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por la actora en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su estatus pensional.”

**II.4. FACTOR QUINQUENIO.**

Ahora bien, como lo que se discute con la demanda es que el factor quinquenio fue creado por quien no tenía competencia para ello y, en tal razón, no era procedente su inclusión en el reconocimiento pensional, resulta pertinente traer en cita las consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado, en cuanto tienen que ver con la naturaleza del decreto 1135 de 1952, específicamente el artículo 10º, que según lo informado por el Departamento de Boyacá fue el que determinó la creación del referido factor.

Así, se advierte que, a través del auto de 9 de noviembre de 1988, la Sección Segunda del Consejo de Estado[[10]](#footnote-10) ordenó la suspensión de los efectos del referido decreto al considerar que, pese a su carácter de reglamentario, estatuyó aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, por lo que, excedió tal potestad y usurpó la competencia reservada al Congreso. Expresamente indicó:

“**No cabe duda ninguna, por expresarlo así en su texto mismo, que el Decreto 1135 de 1952 es de carácter reglamentario, expedido por el señor Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 120 numeral 3º de la Constitución**.

En su artículo 10 estableció una especie de prima de antigüedad o aumento de sueldo para los maestros escalafonados en primera categoría de primaria después de 5 y 10 años de servicio y la aprobación con un puntaje no menor del 80% de un examen de capacitación.

**Como ninguna disposición semejante estaba contenida en la Ley 97 de 1945 que pretendía reglamentar, es obvio que en su expedición hubo extralimitación de la potestad reglamentaria que debe ser utilizada, no para rebasar el texto de la ley sino para hacer operantes sus disposiciones**.

**Por otra parte, de conformidad con el artículo 76 ordinal 9º de la Constitución corresponde al Congreso por medio de leyes, fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos y el régimen de prestaciones sociales.**

**No le es dado al Presidente de la República o a quien haga sus veces, expedir normas en estas materias, a menos de haber sido facultado en forma precisa y pro témpore por el Congreso para ello. Jamás en ejercicio de la potestad reglamentaria.**

**Como el artículo acusado, norma de carácter reglamentario, estatuyó aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, excedió tal potestad y usurpó competencia reservada al Congreso**.

Ello surge de la simple comparación de su texto con los preceptos constitucionales invocados, y por tanto, procede la suspensión provisional. (…)

**2º Suspender provisionalmente el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952”** (Resaltado de la Sala)

Entre tanto, a través de la sentencia de 7 de noviembre de 1992[[11]](#footnote-11), la referida Corporación se declaró inhibida para resolver la demanda de nulidad promovida en contra del artículo 10 del decreto reglamentario 1135 de 1952, al considerar que, con la expedición del Decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214, se hizo claridad acerca de que los incrementos del 25% y el 50%, establecidos en la norma en comento, se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, sin que fuera dado decretarlos con posterioridad. Así, se indicó:

“f) **Posteriormente, en 1980, fue expedido el decreto - ley 624 de ese año, también dictado en uso de facultades extraordinarias, y se refirió a los docentes que en ese momento se hallaban devengando los porcentajes del 25% y del 50% por cinco (5) y diez (10) años de servicio, para decir que "continuarán devengándolo",** y en el decreto reglamentario de dicho decreto - ley, distinguido con el No. 2214 de 1980, estableció los procedimientos para liquidar esos porcentajes respecto a aquellos docentes que hubieran adquirido el derecho y que se les hubiera reconocido, CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL DECRETO 624 que se ha venido comentando en este acápite.

3.- **El anterior recuento normativo permite a la sala decir que el decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, hicieron claridad acerca de que los incrementos del 25% y el 50% se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, sin que sea dado decretarlos con posterioridad**. En efecto, dice el art. 6o. del decreto - ley mencionado: "*Los docentes que en la actualidad se encuentran devengando un porcentaje del 25% y del 50% por cinco y diez años de servicio en la primera categoría de primaria, continuarán devengándolo."* (Subrayas de la Sala).

**Por lo tanto, actualmente no puede y no debe efectuarse ese aumento invocando el art. 10 del decreto 1135 de 1952 porque ya no existe en el ordenamiento jurídico, pues la nueva normatividad o sea el art. 6o. transcrito, como se deriva de su lectura, dejó a salvo los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia,** ello sin perjuicio de que con posterioridad se hubieren producido otros aumentos, lo cual, por razones obvias, no es materia de este proceso.” (Resaltado de la Sala)

Conforme con ello, es dable concluir que, el factor quinquenio estuvo vigente hasta la expedición del Decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, conforme con los cuales, los incrementos del 25% y el 50% que establecía el referido artículo, se ***continuarían pagando únicamente*** a los docentes que venían devengándolos, sin que, en términos del mismo Consejo de Estado, fuera dable decretarlos con posterioridad a dicho marco normativo. Expresamente, el artículo 6º del Decreto – ley 624 de 1980 señaló:

*“Los docentes que en la actualidad se encuentren devengando un porcentaje del 25% y 50% por cinco o diez años de servicio en la primera categoría de primaria, continuarán devengándolo siempre y cuando permanezcan en el grado 2 del nuevo Escalafón Nacional Docente”*. Norma que entró en vigor y surtió efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1980. (art. 7º).

**II.5. ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.**

La UGPP presenta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) con la finalidad de obtener la nulidad de las resoluciones No 27330 de junio de 2007 y RDP 044611 de septiembre de 2013, a través de las cuales se reliquidó la pensión gracia reconocida a la señora Garcia Santander, con la inclusión del quinquenio como factor salarial. Conforme al trámite del proceso, en la etapa de saneamiento se ordenó tener, igualmente, como demandados los actos administrativos contenidos en las resoluciones No 7994 de 31 de julio de 1995 y RDP 028322 de junio de 2013. De acuerdo con el concepto de violación, se señaló que no le asistía el derecho a la docente demandada a la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión del referido factor en el IBL, debido a que, este no fue creado por el gobierno nacional en desarrollo de la ley 4ª de 1992, es decir, por tratarse de un factor extralegal.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que, como la demandada devengó el factor en comento durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, era viable incluirlo en el IBL de la prestación, dado que, fue percibido de manera habitual y periódica. Criterio del que discrepa la entidad demandante, insistiendo en que, si bien, el factor quinquenio fue devengado a la fecha de adquisición del estatus, este fue creado por quien no tenía competencia para ello.

Conforme con el acto administrativo de reconocimiento pensional *resolución No 007994 de julio de 1995*-, la Sala advierte que, contrario a lo manifestado por la entidad demandante, desde ese momento se ordenó incluir en el IBL de la prestación, el factor del quinquenio. Luego, no es cierto que la reliquidación de la prestación tuvo por objeto su inclusión, pues, se reitera, este fue incluido desde el momento mismo del reconocimiento pensional. Así, la discusión acerca de la inclusión del referido factor en IBL surgió hasta en el año 2013, cuando a través del Auto ADP 011075, la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la UGPP dispuso requerir a la docente demandada para que otorgara el consentimiento previo, en la forma establecida en el artículo 97 del CPACA, con la finalidad de revocar la resolución No 28322 de junio de 2013 en la que, además de haber establecido la fecha del estatus pensional de forma errónea, se incluyó el factor del quinquenio.

De la relación probatoria que precede, se tiene que la docente Mery Cecilia García Santander nació el 31 de marzo de 1944, luego los 50 años de edad los cumplió el 31 de marzo de 1994. Conforme con el certificado de factores expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, los factores salariales que la docente devengó en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre 1º de abril de 1993 a 31 de marzo de 1994, corresponden a la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, ***quinquenio 25%****,* sobresueldo mensual 20% y prima de navidad.

Según se informó de manera expresa por el Departamento de Boyacá, el factor quinquenio fue creado a través del Decreto 1135 de 1952 del orden nacional, por el cual se dictaron algunas disposiciones sobre escalafón nacional de enseñanza primaria. En particular, en lo dispuesto en el artículo 10, estableció que “*los maestros que hayan cumplido 5 años de servicio en primera categoría en escuelas oficiales y que se someten a un examen de capacitación pedagógica y obtengan en él un puntaje no menor del 80% adquieren el derecho a un aumento del 25% del sueldo que devengan mensualmente*”. En el mismo sentido se tiene que, conforme con el decreto 992 de 21 de agosto de 1978, se reconoció y reglamentó el reajuste salarial a los maestros de enseñanza de primaria del Departamento de Boyacá dentro de los cuales se incluyó a la docente demandada. Tal como fue acreditado expresamente por el Departamento de Boyacá.

Como se indicó en precedencia, desde noviembre de 1988, el Consejo de Estado suspendió, provisionalmente, el artículo 10º del Decreto 1135 de 1952, sosteniendo que, como la norma de carácter reglamentario estatuyó aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, excedió tal potestad y usurpó competencia reservada al Congreso. Sin embargo, a través de pronunciamiento del 7 de noviembre de 1992, la referida Corporación se declaró inhibida para resolver la demanda de nulidad promovida, sosteniendo que, con la expedición del decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214, los incrementos establecidos en la norma en comento se continuarían pagando ***únicamente*** a los docentes que venían devengándolos. Es decir, que el aumento invocando el artículo 10º del decreto 1135 de 1952 estuvo vigente hasta la expedición del decreto ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, sin que, fuera dable decretarlos con posterioridad. Expresamente se indicó:

Pero en el caso sub-lite ocurre que **cuando fue demandado el art. 10 del decreto 1135 de 1952, ya éste había dejado de regir. Había sido sustituido por otras normatividades, inclusive por una de tipo superior, dado que se halla contenida en un decreto - ley (el 624 de 1980) no obstante conservará su esencia.**

Conclúyese, entonces, que ha habido sustracción de materia y, debido a ello, se impone la dictación de fallo inhibitorio.

5.- Es pertinente recalcar una vez más, a fin de que quede claro, **que el derecho al reconocimiento de los porcentajes del 25% y del 50% fue consolidado en virtud del art. 6o. del decreto - ley 624 de 1980, pero sólo para quienes ya disfrutaban del mismo.** Su constitucionalidad, por otra parte, ya fue objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia. De allí, pues, que cualquier pronunciamiento acerca de la norma administrativa (reglamentaria), en lo que atañe a su legalidad o ilegalidad, sería totalmente inoperante, máxime por tratarse de asuntos de carácter laboral.

Finalmente, ha de hacer mención la Sala a la suspensión provisional que, en lo tocante al art. 10 del decreto 1135 de 1952, se **dispuso por auto de 9 de noviembre de 1988. Para ser consecuente con la determinación que habrá de tomarse en la parte resolutiva de este fallo, es apenas obvio que esta medida queda sin efectos, aunque, en la práctica nunca los tuvo.**” (Resaltado de la Sala)

Como se advirtió, a través del decreto 992 de 21 de agosto de 1978, el Gobernador de Boyacá dispuso el reconocimiento y pago del 25% sobre el sueldo básico mensual -*quinquenio*-, de conformidad con el artículo 10 del decreto 1135 de 1952, entre otros, a la docente Mery Cecilia Garcia Santander. Posteriormente, en 1980, fue expedido el Decreto-ley 624 y su decreto reglamentario 2214, en el que se refirió a los docentes que en ese momento se hallaban devengando los porcentajes del 25% y del 50% -*conforme al artículo 10 del decreto 1135 de 1952*-, para indicar que se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, esto es, el caso de la docente demandada a quien el reconocimiento del factor se efectuó en 1978.

Luego, como a la docente le fue reconocido el factor quinquenio desde 1978, este es un factor legal, por virtud del artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario, que, al haber sido devengado en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su estatus pensional, debía ser incluido en el IBL de la pensión gracia. Al respecto, valga precisar que, si bien, en el año de 1988 el Consejo de Estado decidió suspender provisionalmente el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952 por considerar que dicha norma de carácter reglamentario había excedido tal potestad y usurpó competencia reservada al Congreso, también es cierto que en el fallo del proceso de nulidad en contra de la referida disposición se indicó que la medida de suspensión quedaba sin efectos, debido a que, el derecho al reconocimiento de los porcentajes del 25% y del 50% fue consolidado en virtud del artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980; luego, para la fecha de la expedición del auto de 1988, los mandatos del artículo 10 del decreto 1135 ya no tenían efectos, pues había dejado de regir, al ser sustituido por otras normatividades, de tipo superior, dado que se hallaban contenidas en un Decreto con fuerza de ley.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia, esto es, al quedar desvirtuado que el factor quinquenio fue creado por quien no tenía competencia constitucional y legal para ello, puesto que, conforme con el artículo 6º del Decreto-ley 624 de 1980, el referido factor se continuaría pagando únicamente a los docentes que venían devengándolo, como es el caso de la docente Mery Cecilia Garcia Santander a quien le fue reconocido en 1978.

**II.4. DE LA CONDENA EN COSTAS.**

El artículo 188 del CPACA dispone que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. Canon normativo que fue adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, así: “*En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*”.

Como quiera que en el presente caso no se avizora la manifiesta carencia de fundamento legal, la Sala se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia en contra de la parte demandante por ser la vencida.

# DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal

Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 3 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Tunja, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO.- Sin** costas y agencias en derecho en esta instancia.

**TERCERO.-** Devuélvase por Secretaría el expediente de la referencia al Juzgado de origen, no sin antes dejar las anotaciones del caso en la plataforma SAMAI.

*Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

**Magistrado**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

**Magistrado**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

**Magistrado**

**Constancia:** “La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.

LRG

1. Folio 47-48. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 85-86.

 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 109. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 107-108. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 105-106. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 110-113.

 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 88-89. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 28 de septiembre de 2017, radicación: 25000-23-42-000-2014-03742-01(3403-15), actor: Luis Felipe Moreno Pardo; del 6 de diciembre de 2018, radicación: 19001-23-33-000-2014-0013201(3514-16), actor: Paco Torres David; del 21 de agosto de 2020, radicación: 66001-2333-000-2014-00362-01 (3852-17), actor: UGPP; del 20 de septiembre de 2018, radicación: 25000-23-42-000-2013-00153-01(4615-16), actor: Ángela Cuellar de Sánchez; del 8 de octubre de 2020, radicación: 73001-23-33-000-2015-00592-01 (3679-16), actor: Luis Alfonso Pérez Guarín; del 12 de noviembre de 2020, radicación: 41001-23-33-000-201390282-01(4102-18), actor: UGPP; y del 29 de julio de 2021, radicación: 52001-33-31-0022015-00657-01(0329-20), actor: Carmen Alicia Delgado Ortiz.

 [↑](#footnote-ref-8)
9. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de abril de 2016, número interno 06332014. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de julio de 2012, número interno 2029-2010. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2012, número interno 1837-2011. [↑](#footnote-ref-9)
10. CP. Clara Forero de Castro, noviembre 9 de 1988, Radicación número: 887, Actor: Milciades Aponte Herrera.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. MP. Dr. Alvaro Lecompte Luna Radicación número: 917, Actor: Arnulfo Sánchez y Otro. [↑](#footnote-ref-11)