



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ARGELIO GONZALEZ BUSTACARA

DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

RADICACIÓN: 15001-3333-006-2017-00074-01

Se encuentra el expediente al despacho para proferir sentencia de segunda instancia, no obstante encuentra la Sala que resulta procedente dar aplicación al artículo 271 del CPACA.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (fol. 7-17): En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **ARGELIO GONZÁLEZ BUSTACARA** a través de apoderado judicial, pidió declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: **Resolución No. RDP 012267 del 17 de marzo de 2016, Resolución No. RDP 022023 del 10 de junio de 2016 y Resolución No. RDP 025343 del 09 de julio de 2016.** Así mismo, solicitó la declaratoria de nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: **Resolución No. 15958 del 31 de mayo de 2005; Resolución No. 05945 del 13 de marzo de 2007; Resolución No. 027659 del 27 de julio de 2016; Resolución No. RDP 029614 del 13 de agosto de 2016.**

A título de restablecimiento del derecho, solicitó declarar que el accionante tiene derecho a la reliquidación y pago de la pensión gracia de conformidad y en concordancia con la Ley 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario devengado el año anterior a adquirir el status pensional, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos, según lo establecido en la ley 4ª de 1966, decreto 1743 de 1966 y en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, del 04 de agosto de 2010, Radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) (fls. 7-8)

HECHOS:

Relata el demandante que por haber cumplido con los requisitos establecidos en la ley, se le concedió y reconoció la Pensión de Gracia, sin tener en cuenta el 20% del sobresueldo reconocido en la Ordenanza 23 de 1959, pese a que el mismo le había sido cancelado hasta el 31 de diciembre de 2003 y fue nuevamente incluido en su nómina a partir del 1 de enero de 2009, con ocasión de la orden judicial emitida en ese sentido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito dentro del proceso 20110007800; de suerte que para la fecha en que adquirió su status pensional (18 de agosto de 2004) el demandante devengaba dicho sobresueldo.

Se radico derecho de petición ante la U.G.P.P. solicitando la revisión de la Pensión Gracia con el fin de que se incluyeran en la base de liquidación todos los factores salariales; la cual fue resuelta por la entidad mediante Resolución RDP 012267 de 17 de marzo de 2016 y confirmada en la Resolución RDP 022023 de 10 de junio de 2016 y RDP 025343 de 9 de julio de 2016, actos administrativos que respectivamente, resolvieron los recursos interpuestos contra la resolución primigenia.

La UGPP, mediante Resoluciones No. RDP 027659 del 27 de julio de 2016 y RDP 029614 de 13 de agosto de 2016, reconoce la revisión Pensión Gracia por nuevos factores salariales efectiva a partir del 18 de agosto de 2004, pero con efectos fiscales a partir del 11 de junio de 2012.

Finalmente, el demandante radicó el 12 de agosto de 2015, petición ante la entidad demandada, solicitando que los efectos pensionales deben ser desde el 11 de julio de 2012 (fls. 9-10).

1.2. Sentencia Primera Instancia (fls. 170-178).

En sentencia proferida el 3 de mayo de 2018, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja negó las pretensiones de la demanda.

Así, luego de hacer referencia al marco normativo y jurisprudencial de la pensión gracia, a la liquidación de la pensión gracia, a la competencia para fijar salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos territoriales, y al sobresueldo del 20% regulado por la ordenanza 23 de 1959, sus efectos jurídicos y su derogatoria, abordó el estudio del caso concreto, señalando que si bien se encuentra acreditado que el demandante devengó el sobresueldo del 20% durante el año anterior al que adquirió el status pensional, lo cierto es que la ordenanza 23 de 1959 regulaba lo concerniente a asignaciones básicas del magisterio escolar y otras disposiciones sobre educación en el Departamento de Boyacá y en ese sentido, dado el tipo de vinculación del demandante como docente nacionalizado, el sobresueldo del 20% no le era inaplicable.

Aunado a lo anterior, el *a quo* indicó que para la fecha de vinculación del demandante -11 de marzo de 1078-, ya se encontraba en vigencia el acto legislativo 1 de 1968, por lo que le son aplicables las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que los conforman, que es el previsto por el

legislador. En consecuencia, precisó con base en pronunciamiento del Consejo de Estado, que no puede predicarse que el demandante tenga un derecho adquirido producto de la consolidación en vigencia de la ordenanza 023 de 1959, en razón a que no se demuestra que mientras estuvo vigente la referida ordenanza, se hubiese consolidado en su favor el beneficio reclamado.

1.3. Fundamentos de la Apelación (fls. 186-189)

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante, apeló la sentencia, con fundamento en lo siguiente:

Inicialmente, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que a partir de la vigencia de la 4ª de 1966, la cual, para el caso de pensión gracia, se toman todos los factores salariales devengados y certificados por las respectivas Secretarías de Educación o Fondos Educativos Regionales o departamentales.

Arguyó que con respecto al factor salarial denominado Prima de Servicios, fue un factor devengado por el actor durante el año anterior a adquirir su estatus pensional, por lo que no recibe el argumento de que con la entrada en vigencia del decreto 908 de 1992, la Ordenanza 23 de 1959 dejó de tener cualquier vigencia a partir del 01 de junio de 1992, por cuanto al actor le fue reconocido y pagado tal derecho, por lo que existe una presunción de validez de la Ordenanza, que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare inválida.

Así mismo, hizo referencia al concepto con radicado 2302 de 28 de febrero de 2017 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que se determinó que antes del Acto Legislativo 01 de 1968 las corporaciones o autoridades territoriales contaban con competencia para determinar el régimen salarial de los servidores de la educación, por lo que las asignaciones salariales

creadas por ordenanzas antes del Acto Legislativo mencionado, son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, esto es, a los servidores vinculados y que hayan cumplido con los requisitos antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968.

Finalmente, se refirió a la condena en costas impuesta en primera instancia, señalando que no tiene sentido que la misma deba ser soportada por el actor, ya que la expectativa de viabilidad jurídica sobre el asunto tramitado ha sido previamente reconocido en forma favorable por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3 del 11 de mayo de 2011 con radicado No. 2006057501, lo cual motivó a activar la jurisdicción, por lo que condenar en costas y agencias no es concebible en virtud al adecuado ejercicio del derecho realizado y a la prosperidad observada en otros casos de la misma naturaleza.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- El artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, consagró la posibilidad de solicitar al Consejo de Estado, que profiera sentencias de Unificación, respecto de asuntos pendientes de fallo, por razones de importancia jurídica o de trascendencia económica o social, y bien a petición del Ministerio Público, por remisión de los Tribunales – en asuntos que se encuentran en segunda o única instancia- o de oficio; lo anterior, en los siguientes términos:

“Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las

secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos”.

2.1.1.- Pues bien, revisadas las diligencias, se advierte que el expediente fue asignado al despacho del Magistrado Ponente mediante acta individual de reparto del 27 de noviembre de 2018 (fol. 195 C 2º instancia), para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, con lo que se acredita que se trata de un proceso de segunda instancia. Así mismo, en este momento el expediente se encuentra al Despacho pendiente de proferir fallo por ésta instancia.

2.1.2.- De otro lado, se precisa actualmente, se presenta al interior del Tribunal Administrativo de Boyacá, criterios dispares respecto a la tesis que fundamenta el recurso de alzada, los cuales se expondrán a continuación.

- Sentencia proferida por la Sala No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá:

La Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia proferida el 14 de junio de 2017 dentro del expediente radicación No. 15001-33-33-015-2015-00032-01, con ponencia del

Magistrado Oscar Alfonso Granados Naranjo, decantó la tesis en virtud de la cual era improcedente el reconocimiento del sobresueldo del 20% creado mediante la ordenanza 23 de 1959, a los docentes vinculados como nacionalizados, después de la expedición de la ley 43 de 1975, aun cuando hubiese sido percibido durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional –con ocasión de un proceso ejecutivo laboral-.

Corolario de lo expuesto, se precisó en el aludido pronunciamiento que si el docente se encontraba vinculado con antelación a la reforma constitucional de 1968, se aplicaría el régimen anterior o el nuevo, si resulta ser más favorable sin que en todo caso, pueda ser desmejorado salarialmente el trabajador; contario *sensu* si su vinculación tuvo lugar con posterioridad al año 1968, le será aplicable lo regulado por el legislador, quien es el competente para fijar salarios.

Para arribar a dicha conclusión, inicialmente se hizo referencia al criterio de Consejo de Estado¹ según no debe incluirse como factor salarial en la base de liquidación de la pensión, aquel cuyo reconocimiento tuvo lugar por fuera del marco legal de competencias previsto para el efecto, aun cuando el mismo haya sido devengado por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del estatus.

Luego, abordó el estudio de la Ordenanza 23 de 1959, mediante la cual la Asamblea Departamental reguló lo concerniente a asignaciones básicas del magisterio escolar y otras disposiciones sobre educación en el Departamento de Boyacá (orden territorial), por lo que los beneficios contenidos en la Ordenanza nombrada no pueden ser reconocidos a los docentes nacionalizados por la Ley 43

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN, Bogotá DC, Expedientes No. 2500002342000201200447 01 (4011-2013) y No. 2378-12.

de 1975². En ese sentido, citó un pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado³, que respaldaba la conclusión expuesta, y en la que se contrajo la controversia a determinar la norma aplicable a partir de la época y la forma de vinculación:

"(...) Existen dos clases de docentes nacionalizados: los que venían laborando en las plantas de los establecimientos territoriales y continuaron después de la Ley 43 de 1975, a quienes se les aplicaba un régimen salarial exclusivamente territorial; y vinculados en las plantas ya nacionalizadas y nombrados en los términos de la Ley 43 de 1975, es decir el nombrado en un establecimiento nacionalizado por una autoridad territorial, pero con cargo a la nación.

(...) ...queda claro que los docentes vinculados en los establecimientos nacionalizados bajo la Ley 43 de 1975, no le es aplicable ningún régimen salarial del orden territorial, sino en principio el Decreto Ley 715 de 1978, en cuyo campo de aplicación incluyó en su artículo primero a los "nacionalizados por la Ley 43 de 1975 y sus decretos reglamentarios". (Subraya la Sala)

En consecuencia, es evidente que carecen de fundamento jurídico las pretensiones de la demandante encaminadas al reconocimiento del 20% de la asignación básica mensual como sobresueldo, con apoyo en lo establecido en el artículo 3° de la Ordenanza No. 023 de diciembre 9 de 1959, dictada por la Asamblea del Departamento de Boyacá"

En sentencia de 3 de marzo de 2016⁴, el Consejo de Estado concluyó que la Ordenanza 23 de 1959 no puede ser aplicable a los docentes nacionalizados, vinculados con posterioridad a la expedición de la ley 43 de 1975, por cuanto *"(...) los docentes del nivel nacional al no tener vinculación con las entidades territoriales, no podían beneficiarse de las disposiciones de dichos entes (...).*

A partir de lo anterior, los docentes nacionalizados vinculados después de la vigencia de la ley 43 de 1975, al ser sometidos a

² "Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones".

³ Sentencia de 28 de junio de 2012, con ponencia del Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, dentro del expediente radicado con el número 15001- 23- 31- 000- 2002- 03227- 01, No. Interno: 2535-07 P3

⁴ Sentencia del 3 de marzo de 2016. Radicación número: 15001-23-31-000-2004-03001-01(1027-08). CP Dr. William Hernández Gómez.

disposiciones del orden legal y nacional, no le son aplicables normas salariales de orden territorial.

De otro lado, el Consejo de Estado⁵, ha señalado que no puede inferirse que tenga un derecho adquirido producto de la consolidación del derecho en vigencia de la norma departamental creadora del sobresueldo del 20%, en razón a que no se demuestra que mientras estuvo vigente la referida Ordenanza, se hubiese consolidado en su favor el beneficio reclamado.

Sobre los derechos adquiridos la Honorable Corte Constitucional⁶ ha señalado, que son aquellos que han ingresado al patrimonio del individuo, diferente a lo que acontece con las meras expectativas; de modo tal que se adquieren aquellos derechos consolidados, cuando se han cumplido los requisitos exigidos por la normatividad vigente, lo que no ocurrió en el caso.

Se trajo a referencia la sentencia del 19 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado en la acción de tutela No. 11001-03-15-00-2017-01823-00⁷, en donde citando la sentencia de 3 de marzo de 2016 (la cual soporta la tesis de la Sala) se refirió a la inclusión del sobresueldo del 20% en la liquidación de la pensión gracia; sentencia que fue confirmada en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 07 de diciembre de 2017⁸.

Es así que, docentes que se vincularon después de la Ley 43 de 1975, no es posible incluir el sobresueldo del 20% creado por la Ordenanza 23 de 1959, en la base de liquidación de la pensión

⁵ Sentencia del 8 de abril de 2010, Radicación No 150012331000200403115-01.

⁶ Sentencia C-147 de 1997, entre otras.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Actor: Luz Marina Morales Vásquez, Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá.

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01823-01. La tesis central de la decisión se contrajo a la falta de sustentación de la impugnación.

gracia, pues el beneficio se dio, sin que el docente fuese acreedor para ello, por lo tanto que la Sala concluyó que no podía validar su reconocimiento, cuando se encontraba demostrado que su fundamento es ilegal e inconstitucional.

- **De las tesis sostenidas por las distintas Salas del Tribunal Administrativo de Boyacá.**

Hasta antes de la decisión citada en precedencia, este Tribunal, había proferido sentencias en la que disponía la inclusión del sobresueldo del 20% de la Ordenanza 23 de 1959, en la base de liquidación de las pensiones de los docentes.

Tesis fundada en pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado, en virtud de los cuales el pago proveniente del sobresueldo del 20% creado por la Asamblea de Boyacá mediante la Ordenanza 23 de 1959, **es salario**. Al efecto, se dijo:

*"...Bajo estos conceptos, la Sala puede concluir que el derecho laboral que trata la precitada Ordenanza Departamental No. 23, corresponde a **un elemento salarial**, porque fue creada solamente para aquellos docentes con 20 años de experiencia (factor subjetivo) que se encontraran por fuera de la edad, según la ley, de vejez; emolumento que se debe pagar calculando el 20% del sueldo (elemento salarial objetivo), es decir, siempre y cuando se siga ejerciendo la actividad docente..." (Resaltado fuera de texto)⁹*

Conforme a lo informado por la Relatoría de este Tribunal, se profirieron las siguientes providencias acogiendo la tesis indicada en precedencia:

- ⁹ Subsección "A", Consejero Ponente Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia proferida el 10 de julio de 2008, Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07); En el mismo sentido, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente Doctor William Hernández Gómez, sentencia de 3 de marzo de 2016. SE 018, Radicación número: 15001-23-31-000-2004-03001-01(1027-08)

Ponente: Dr. José A. Fernández Osorio		Ponente: Dr. Luis E. Arciniegas Triana		Ponente: Dr. Fabio Iván. Afanador García		Ponente: Dr. Félix A. Rodríguez Riveros		Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz	
Rad.	Fecha	Rad.	Fecha	Rad.	Fecha	Rad	Fecha	Rad	Fecha
2014-00028-01	17/02/2016	2014-00043-01	10/06/2015	2014-176-01	5/08/2015	2013-00294-01	16/16/2016	2014 00027 01	10/03/2017
2013-251-00	29/07/2016	2014-00099-01	18/06/2015	2014-187-01	25/08/2015	2014-00032-01	20/01/2016	2014 00093 01	24/02/2017
2015-080-01	21/03/2017	2015-112-01	8/03/2017	2014-426-01	31/05/2016	2014-00076-01	16/06/2015	2013 00192 02	12/04/2016
						2014-123-01	16/06/2015	2014 00050-01	29/10/2015
						2014-314-01	25/06/2015	2014 00111-01	22/10/2015
								2013 00122 02	22/10/2015
								2013 00256 01	6/10/2015
								2013 00321-01	6/08/2015
								2014 00102-01	27/07/2015
								2013 00139-01	27/07/2015
								2013 00184-01	27/07/2015
								2014 00077 01	27/02/2015

Aunado a lo expuesto, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al señalar que, para efecto del reconocimiento o reliquidación de las pensiones, basta con que

el emolumento, además de ostentar el carácter de salario, haya sido percibido el período a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación. En este sentido pueden traerse a colación los siguientes pronunciamientos, la Sub Sección A del Consejo de Estado, en *sentencia de 10 de mayo de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-1998-01803-01(3320-00), C.P. Doctor Alberto Arango Mantilla, señaló:*

"...En el caso de la pensión gracia, inicialmente se determinó que se tendría como base para su cuantía el sueldo, posteriormente las normas que regularon la cuantía de todas las pensiones del sector oficial, precisaron que sería el 75% del promedio mensual del salario devengado.

Resulta entonces irrelevante lo efectivamente percibido por el empleado. Se debe atender a lo realmente causado, esto es a lo devengado y, tratándose de liquidar la pensión gracia, debe tenerse en cuenta todo lo devengado por el beneficiario durante el último año de servicios.

*Conforme a la certificación obrante a folio 46 del cuaderno principal, suscrita por la secretaria del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la Nación - Ministerio de Educación Nacional - le canceló a la señora María Gertrudis Reina de Herrera, durante el último año de servicios, **un excedente por sobresueldo equivalente al 50% de su salario**, esto es, durante los años de 1988 y 1989.*

*La pensión gracia se liquida **promediando lo devengado durante el último año de servicio. Si el funcionario tiene derecho a un pago y éste no le es efectuado a tiempo, no por ello pierde la posibilidad de que sea considerado como factor en la liquidación pensional.***

De lo contrario, la cancelación tardía o morosa de las obligaciones laborales de la administración conllevaría un doble perjuicio al afectar la liquidación de su pensión (Resaltado fuera de texto)"¹⁰

Así las cosas, el criterio expuesto, apunta a sostener para incluir factores pensión jubilación o gracia, lo único que corresponde al juez es determinar si el factor **constituye salario** y si **fue devengado** en el período que ha de atenderse para efecto de la

¹⁰ En este mismo sentido ver sentencia de 10 de mayo de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-1998-01803-01(3320-00); Subsección "A", Consejero ponente Doctor Jaime Moreno García, sentencia de 15 de junio de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07415-01(6796-05); Sentencia de unificación proferida el 25 de enero de 2007, Consejero ponente Doctor Jesús María Lemos Bustamante, Expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08879-01(2748-05); Subsección "B" el 25 de marzo de 2007 en el expediente con Radicación No. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08582-01(5679-03); Subsección "B" proferida el 29 de marzo de 2007 expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2001-00724-01(4216-04), con ponencia de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez.

liquidación o reliquidación de la prestación social, pues ello constituye un derecho adquirido, sin que sea de recibo discusión alguna respecto a la legalidad del pago percibido.

Adicionalmente, debe precisarse que el Consejo de Estado ha proferido providencias reconociendo el sobresueldo del 20% de la Ordenanza 23 de 1959 como factor de liquidación de pensiones, al confirmar sentencias proferidas por este Tribunal, sin que ninguna de ellas haya exigido como requisito más que la percepción del sobresueldo en el período que surte efectos para determinar los factores de liquidación.¹¹

- La tutela proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado:

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de octubre de 2017, radicado No. 11001-03-15-000-2017-01823-00 con ponencia del Consejero Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, decidió la resolvió la acción de tutela formulada por la señora Luz Marina Bernal, contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2017 dentro del expediente con Radicación No. 15001-33-33-015-2015-00032-01 M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo; decisión en la que no se apartaron los derechos invocados, por cuanto la decisión tomada por el Tribunal acogía el precedente vertical:

*"...reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema – aclaró que a partir de la reforma constitucional de 1968 fue competencia exclusiva del legislador fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, tanto del orden nacional como territorial, y con ocasión Constitución Política de 1991, esa competencia es concurrente entre el legislativo y el ejecutivo.
(...)"*

¹¹ Consejero ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 22 de abril de 2010, expediente con Radicación número: 1500100-23-31-000-2001-01878-01(0683-09); y de 3 de marzo de 2011 en el expediente con Radicación número: 15001-23-31-000-2002-03704-01(1761-10); Consejero ponente Doctor Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 9 de abril de 2014, expediente con Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00384-01(3058-13); Consejero ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 13 de noviembre de 2014, expediente con Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13)

Conclusión: *La Ordenanza núm. 23 de 1959, a través de la cual se creó para los docentes del Departamento de Boyacá que cumplan 20 años de servicios, sin edad para pensionarse, un aumento del 20% sobre su sueldo básico, no es aplicable a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975...”*

2.1.3. Solicitud de unificación:

Ante la anterior situación, considera esta Sala de importancia jurídica y trascendencia social, que el Consejo de Estado determine, mediante sentencia de unificación si:

Cuando se demanda la reliquidación de la pensión y se acredita que la percepción del sobresueldo del 20% creado por la Ordenanza 23 de 1959 en el período que ha de atenderse para determinar la base de liquidación de la pensión, es procedente estudiar si el demandante tenía derecho al pago, para así determinar si el mismo debe ser incluido como factor de liquidación en la pensión.

O si, por el contrario:

Cuando se demanda la reliquidación de la pensión y se acredita que el sobresueldo del 20% creado por la Ordenanza 23 de 1959, que tiene carácter salarial, ha sido devengado en el en el período que ha de atenderse para determinar la base de liquidación de la pensión, basta acreditar que ha ingresado al patrimonio del demandante para ordenar su inclusión como factor de liquidación en la pensión por ostentar carácter salarial.

-

Ello porque, la sentencia proferida por este Tribunal el 14 de junio de 2017, a pesar de reconocer el carácter salarial del sobresueldo del 20% negó su inclusión en la pensión al considerar que ese pago fue ilegal; mientras las demás sentencias proferidas por este Tribunal, indicadas en la tabla antes traída a este escrito, se han

limitado a verificar el carácter salarial del sobresueldo del 20% y su percepción en el período de consolidación del derecho para incluirlo como factor de liquidación en la pensión, siguiendo, la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Cabe resaltar la trascendencia del tema que se aborda en ésta oportunidad, en el entendido, no sólo por las posturas disímiles adoptadas en este Tribunal sobre el particular; también, por cuanto la decisión sobre la inclusión del sobresueldo del 20% creado por la Ordenanza 23 de 1959, afecta a un sector importante y amplio de docentes del Departamento de Boyacá, razón por la cual estas decisiones tienen trascendencia jurídica, económica y social, de tal suerte que la sentencia de unificación lograría determinar la igualdad y la seguridad jurídica; tal y como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-578 de 2011:

"Uno de los fines de la reforma es ajustar el actuar de la administración y el ordenamiento contencioso administrativo a los preceptos del orden constitucional vigente. En la búsqueda de tal cometido, el respeto a los precedentes que recojan una posición jurisprudencial consolidada son una manera de reconocer legalmente, el respeto a los principios de seguridad jurídica, debido proceso e igualdad que imperan en un estado social y democrático de derecho.

3.2.3. En efecto, como lo ha recalcado la jurisprudencia constitucional, el respeto que los jueces deben al carácter vinculante de los precedentes judiciales se deriva del compromiso fijado en la Carta Política de instaurar un orden justo; se deriva pues, de los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica.

3.2.4. Además de los derechos y principios constitucionales a la seguridad jurídica, a la igualdad, al debido proceso y a una justicia pronta y cumplida, existen principios propios del derecho administrativo del nuevo Código que suponen el respeto por la jurisprudencia vinculante (Ley 1437 de 2011, artículo 3°).¹²

En este mismo sentido la sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001, Magistrado ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil, expuso:

"La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad

¹² Corte Constitucional, sentencia de 27 de julio de 2011. M. P. María Victoria Calle Correa; Sentencia C-104 de 1993, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero;

jurídica. Ahora bien, podría afirmarse que la necesidad de preservar la seguridad jurídica no es una finalidad constitucional que por sí misma justifique una limitación de la autonomía judicial para interpretar y aplicar el ordenamiento. En esa medida, los jueces tampoco estarían constitucionalmente obligados a seguir formalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema en virtud de la necesidad de preservar la seguridad jurídica. Sin embargo, ésta tiene un valor instrumental indiscutible como garantía general para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas.¹³”

En estas condiciones el derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir igual tratamiento, lo cual, en la actividad judicial se traduce en interpretaciones iguales para casos con los mismos fundamentos fácticos, como ocurre en demandas de reliquidación de pensiones que pretenden la inclusión, como factor, del sobresueldo del 20% creado por la Ordenanza 23 de 1959, en tanto fue devengado por el docente, asuntos de alta recurrencia en esta jurisdicción, en consecuencia, la unificación de la jurisprudencia resulta ser el instrumento procesal que permitiría satisfacer en forma real los derechos de los administrados que han acudido a esta jurisdicción.

Por lo expuesto se

RESUELVE:

¹³ La Corte Constitucional ha aceptado desde sus comienzos la necesidad de que los cambios jurisprudenciales por parte de una misma autoridad judicial obedezcan a razones fundamentadas explícitamente. En la Sentencia T-256/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), dijo: “17. **El derecho de igualdad ante la ley abarca dos hipótesis claramente distinguibles: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley.** La primera está dirigida a impedir que el Legislador o el Ejecutivo en ejercicio de su poder reglamentario concedan un tratamiento jurídico a situaciones de hecho iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. **La segunda, en cambio, vincula a los jueces y obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de decisiones suyas anteriores.**”

“La igualdad en la aplicación de la ley por parte de los órganos judiciales guarda íntima relación con el derecho fundamental a recibir la misma protección y trato de las autoridades (CP art.13). En este orden de ideas, un mismo órgano judicial no puede otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho iguales, sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio.”

“La desigual aplicación de la ley se concreta, en consecuencia, no obstante existir una doctrina jurisprudencial aplicable a supuestos de hecho similares - término de comparación - el órgano que profirió el fallo se aparta de su criterio jurídico previo de forma no razonada o arbitraria, dando lugar a fallos contradictorios y allanando el camino a la inseguridad jurídica y a la discriminación.” (resaltado fuera de texto)

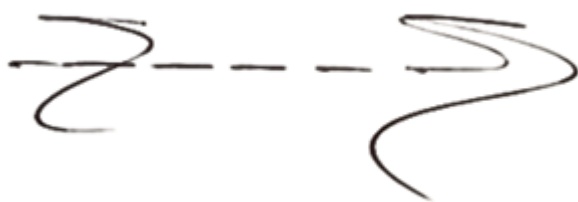
PRIMERO.- Remitir de oficio a la Sección Segunda del Consejo de Estado, el proceso iniciado por ARGELIO GONZALEZ BUSTACARA contra la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social, para que decida si avoca el conocimiento del proceso en los términos del artículo 271 del CPACA y procede a emitir sentencia de unificación.

SEGUNDO.- Por secretaria déjense las constancias del caso.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha. Notifíquese y cúmplase,



FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
NYR 2017-00074-01
DEMANDANTE: ARGELIO GONZALEZ BUSTACARA
DEMANDADA: UGPP