

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE: GLADYS URRUTIA ZORRO
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO.
RADICACION: 15001-3333-005-2018-00071-01

=====

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, el 16 de agosto de 2018.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA. (fl. 2-10)

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de Derecho, la parte demandante solicita la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No. 004629 del 27 de julio de 2016, mediante la cual la entidad demandada le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.

A título de restablecimiento de derecho, reclama la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus, en concreto las primas de servicios y navidad que no fue incluida como factor salarial para integrar el IBL. Así mismo, que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme al artículo 14 de Ley 100 de 1993 y el artículo 187 del CPACA y se condene a la demandada al pago de intereses corrientes, de mora, costas y agencias en derecho.

Para el efecto, se manifestaron como **HECHOS RELEVANTES**, que:

- Nació el 1 de abril de 1961.

- Mediante el acto acusado, la demandada reconoció al actor una pensión de jubilación efectiva a partir del 2 de abril de 2016. Sin embargo, en la liquidación de la mesada no fueron tenidas en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al estatus.

I.2. Como **NORMAS VIOLADAS el demandante invocó y sustentó el **CONCEPTO DE VIOLACIÓN** así:**

Estimó vulnerados los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política y las Leyes 4ª de 1992, 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994, y 812 de 2003. Advierte que el acto acusado es ilegal por desconocer tales preceptos y por infringir de manera directa la Ley 91 de 1989, según la cual, tanto los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981 como aquellos nombrados a partir del 1º de enero de 1990, tienen derecho al reconocimiento de una pensión equivalente al 75% del salario promedio del último año, teniendo en cuenta que los factores salariales contenidos en la Ley 62 de 1985 son meramente enunciativos y no taxativos, como lo dispuso la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Expuso que la Ley 812 de 2003 no es aplicable al caso, pues el demandante se vinculó a la docencia antes de su entrada en vigencia.

I.3.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. (fl. 70-82)

Mediante la sentencia apelada, el A quo accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar el emolumento teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la consolidación del estatus y no incluidas en el acto acusado. Expuso que, al haberse acreditado la condición de afiliado al FNPSM y que el ingreso al servicio público de la educación ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la norma anterior aplicable era la Ley 33 de 1985, respecto de la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, advirtió que no contenía una lista taxativa de los factores salariales objeto de inclusión en el IBL, sino que resultaba procedente la inclusión de aquellos emolumentos devengados habitual y periódicamente en el último año de servicios.

Finalmente, ordenó realizar los descuentos correspondientes a los últimos cinco (5) años de vida laboral, respecto de los factores incluidos en la reliquidación que no fueron objeto de cotización.

I.4.- RECURSO DE APELACIÓN. (fl. 85 - 93)

Inconforme con la decisión del A quo, el apoderado de la demandada apeló la sentencia, argumentado principalmente que el emolumento

debió liquidarse teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales objeto de cotización durante el último año de servicios, consignados taxativamente en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, dentro del cual no se encontraban los factores salariales solicitados con la demanda. Por lo cual era improcedente su inclusión en el IBL.

I.5.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

5.1. Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (108 - 115) Se ratificó en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, consideró que las pretensiones de incluir nuevos factores salariales al IBL, que no se encuentran consagrados en la ley, perjudica la sostenibilidad financiera del sistema. Señalo que el artículo 1 de la ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, señaló taxativamente los factores salariales que sirven de liquidación para establecer el monto de la pensión de los empleados oficiales, siempre que hayan servido de base para calcular los aportes a pensión.

5.2. Ministerio Público. (117 - 123) Manifiesta que la demandante, por haberse vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable para el reconocimiento pensional corresponde a la Ley 91 de 1989, la cual a su vez la remite a la Ley 33 de 1985. Y, en relación con los factores salariales que debe conformar el IBL, se debe tener en cuenta la subregla definida por el Consejo de Estado, que señala que solo pueden incluirse aquellos factores enlistados de manera taxativa en dicha norma y sobre los cuales se haya realizado el correspondiente aporte al sistema de pensiones.

II. 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 en segunda instancia y la formulación del problema jurídico; *ii)* la relación de los hechos probados, y, finalmente, *iii)* el estudio y la solución del caso en concreto.

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

Tesis del juez de primera instancia.

Por encontrarse afiliado al FNPSM y por haber ingresado al servicio público de la educación antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la pensión de jubilación de la demandante debe liquidarse teniendo en cuenta en el IBL el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, pese a su no consagración en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues conforme a la sentencia de

unificación del 4 de agosto de 2010, los factores allí consignados hacen parte de una lista enunciativa y no taxativa.

Tesis de la apelación.

En el IBL pensional del demandante sólo pueden ser tenidos en cuenta los factores objeto de cotización en el último año de servicios, consignados taxativamente en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, dentro del cual no se encuentra consignada la prima de navidad que fue reconocida por el A quo.

Planteamiento del problema jurídico.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Sala establecer si la parte actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

II.2. LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentra acreditado que:

- La demandante nació el 1 de abril de 1951.
- Ingresó a laborar al servicio docente a partir del 2 de octubre de 1995.
- Mediante el acto acusado, le fue reconocida por parte de la demandada una pensión de jubilación efectiva a partir del 2 de abril de 2016, siendo la fecha de adquisición del estatus el 1 de abril de 2016.
- Durante el año anterior a la adquisición del estatus, la parte actora devengó: asignación básica, bonificación (Decreto 1566/2014), horas extras, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.
- En el acto acusado, el IBL fue conformado por la asignación básica y por las doceavas de la bonificación, prima de vacaciones y de las horas extras, sin tener en cuenta la prima de servicios y la de navidad, que fue certificada por la Secretaría de Educación de Boyacá, en el último año de servicios, como consta en el certificado de salarios devengados Nro 0713 (fls. 20-21).

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala revocará la sentencia apelada, toda vez que, conforme a las subreglas establecidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en el IBL pensional del personal docente afiliado al FOMAG y vinculado antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, sólo pueden ser tenidos

en cuenta los factores objeto de aportes, consignados taxativamente en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, no es objeto de inclusión la prima de navidad.

Por consiguiente, será revocada la sentencia recurrida al determinarse que por virtud del numeral 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el numeral 3 de la Ley 33 de 1985, la prima de navidad no está consignada en dicha norma para que sea ordenada su inclusión como factor salarial para calcular el IBL. Por lo tanto, no es procedente disponer la inclusión de dicho factor salarial para ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante.

3.1. De la normatividad aplicable a la pensión de jubilación.

Ha de precisarse que, al momento de consolidación del estatus pensional de la parte actora, se encontraba vigente la Ley 812 de 2003 en cuyo artículo 81 se dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales (nacionales, nacionalizados y territoriales), que se encontraran 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".* (Subraya la Sala). Lo anterior fue ratificado en el párrafo transitorio No. 1 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se dispuso, además, que los docentes vinculados luego de la vigencia de la citada Ley 812 se pensionarían conforme a las reglas del régimen de prima media del Sistema General de Pensiones.

Con anterioridad a la Ley 812 de 2003, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales era el contemplado en la ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), cuyo artículo 15 determinó que *"el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley".* El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso en cuanto al régimen prestacional de los educadores estatales:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

(...)

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y **para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional** y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (...).

De conformidad con lo expuesto, se tiene que la fecha de vinculación al servicio docente determina el régimen pensional aplicable. Para aquellos vinculados luego de la entrada en vigencia de la Ley 812 - 26 de junio de 2003-, se aplicarán las disposiciones de la Ley 100 de 1993; mientras que, para los vinculados con anterioridad, se aplicarán las normas vigentes aplicables para los empleados públicos del orden nacional, esto es, las contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985. Se precisa que los docentes fueron exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el artículo de 279 ibídem.

Según la fecha de vinculación de la parte actora, se advierte que para la liquidación de su pensión de jubilación deben observarse las disposiciones contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985.

3.2. Factores que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente regido por las Leyes 33 y 62 de 1985.

Sobre el punto, la Sala dará aplicación a las subreglas establecidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹, oportunidad en la cual precisó que si bien la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018² no constituía precedente aplicable, acogería la interpretación allí sentada respecto del IBL para las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985, según la cual, contrario a lo expuesto por la misma Corporación en sentencia unificadora del 4 de agosto de 2010³, el artículo 3º de la Ley 33 ibídem contenía una lista taxativa y no enunciativa de los factores salariales objeto de inclusión en el IBL.

Con fundamento en lo anterior, la Corporación estableció las siguientes reglas de unificación en materia de IBL pensional del régimen docente:

1. Dentro del radicado No. 68001-23-33-000-2015-00569-01.
2. Dentro del radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.
3. Dentro del radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

“72. De acuerdo con el parágrafo 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 1º 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, (...).” (Negrita original)

En suma, las pensiones de jubilación del personal docente oficial vinculado antes del 26 de junio de 2003 –fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003-, corresponden al 75% del promedio de los factores salariales objeto de cotizaciones, consignados expresamente en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, interpretación que replica el principio de sostenibilidad financiera elevado a rango constitucional.

3.3. Acatamiento de las sentencias de unificación jurisprudencial.

La jurisprudencia también ha tomado un lugar especial dentro del sistema de fuentes del derecho, pues de ser tenida como un criterio auxiliar, en la actualidad, su acatamiento constituye regla de derecho vinculante para el operador judicial. Es así que, la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 10 y 270 respectivamente, estableció como deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial emanadas del Consejo de Estado y definió éstas, como las proferidas en razón de su *“importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia”*.

En diferentes oportunidades la Corte Constitucional⁴ ha indicado que las decisiones del Consejo de Estado como autoridad de cierre de lo contencioso administrativo tienen el carácter de vinculantes, por ser

4. Sentencias C-816 de 2011, C-634 de 2011, C-179-2016, SU-050-2017.

emanadas de un órgano encargado de unificar jurisprudencia y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica – establecidos en la Constitución en sus artículos 13 y 83.

En la sentencia de unificación aplicada al sub examine, se advirtió que las reglas jurisprudenciales allí sentadas *"se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables."*

3.4. Solución caso concreto.

Teniendo en cuenta que la demandante se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y que ingresó a laborar como docente oficial al servicio público educativo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 -26 de junio de 2003-, en materia de factores salariales para determinar el monto de su pensión de jubilación, le son aplicables las leyes 33 y 62 de 1985, conforme a las reglas sentadas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, se tiene que la prima servicios y la prima de navidad no se encuentra consagradas como factores salariales objeto de inclusión en el IBL. Por tal motivo, contrario a lo considerado por el A quo, es evidente que no podrán ser computadas para el cálculo de la mesada pensional, pues según fue expuesto en el recuento normativo de esta providencia, la actual interpretación sobre los factores salariales de la Ley 33 ibídem, deja de lado su carácter enunciativo, para sólo ser considerados como tales, los señalados expresamente por el legislador.

Por lo anterior, la Sala revocará sentencia impugnada, en razón a que los factores (prima de servicios y prima de navidad) que dispuso incluir para efectos de ordenar la reliquidación, no forman parte de aquellos que taxativamente se señalan en el numeral 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el numeral 3 de la Ley 33 de 1985.

3.5. De las costas procesales.

Considera la Sala que no es procedente en este caso condenar en costas a la parte vencida como quiera que al momento de presentación de la demanda el precedente del Consejo de Estado era favorable a las pretensiones de la demanda y fue con posterioridad que se presentó el cambio jurisprudencial atrás referido.

III. 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:

REVOCAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar se dispone:

PRIMERO.- NEGAR las súplicas de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en esta instancia.

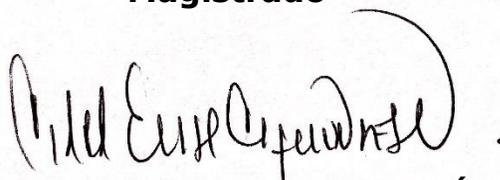
TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de Decisión de la fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado