



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diecinueve (19) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-009-2015-00095-01
DEMANDANTE:	ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 23 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto producto del silencio de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, frente a la petición que elevó el 16 de septiembre de 2014, tendiente al reconocimiento y pago del incremento del 14% sobre la pensión de vejez que le fue concedida.

¹ Folios 1 – 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague el reajuste pensional, por tener a cargo su cónyuge, la señora Gloria del Carmen Guevara De Ortega.

Asimismo solicita, se condene a la entidad accionada, a liquidar y pagar a su favor, las mesadas adicionales, desde el día en que adquirió el status de pensionado, en la cuantía que se determine pagar en la sentencia.

Finalmente, insta se condene a pagar, sobre las mesadas adeudadas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al I. P. C.

1.2.- Hechos²:

A través de Resolución No. 0447 del 10 de octubre de 2005, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG -, le reconoció al señor ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS la pensión vitalicia de jubilación. Dicha pensión, le fue reliquidada mediante Resolución No. 1115 del 23 de octubre de 2012.

Manifiesta la parte actora, que al momento de determinarse el monto de su pensión, no le reconocieron los incrementos pensionales contemplados en el Decreto No. 758 de 1990 y en el Acuerdo No. 049 de 1990, consistentes en un aumento del 14% sobre la pensión, por tener a cargo a su cónyuge, la señora Gloria del Carmen Guevara De Ortega.

Indica, que en razón de lo anterior, radicó petición el 16 de septiembre de 2014, tendiente al reconocimiento del reajuste pensional; pese a ello, indica, la administración no emitió pronunciamiento, configurándose el acto ficto que se demanda.

1.3.- Contestación de la demanda:

La entidad accionada guardo silencio al respecto.

² Folios 2 - 4 del cuaderno de primera instancia.

1.4. Sentencia impugnada³.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia del 23 de septiembre de 2016, negó las súplicas de las demanda, por considerar que el reajuste pretendido no es aplicable a la situación particular del accionante, toda vez que la pensión que le fue reconocida, aplica bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, normatividad distinta al Decreto 758 de 1990, donde se contempla el beneficio del incremento del 14%.

Precisó, que aun cuando le fuere aplicable al actor éste último régimen, tampoco tendría derecho, atendiendo que el mentado incremento está dispuesto para quienes devengan una pensión mínima, requisito que no reúne el accionante, en el entendido de que le fue reconocida una pensión superior, al salario mínimo de la época.

1.5.- El recurso⁴.

Los motivos de inconformidad del recurrente, se concretan en que la negatoria del reajuste pensional, vulnera el principio de favorabilidad y los derechos a la vida digna y seguridad social, toda vez, que en el presente asunto se encuentran involucradas personas de la tercera de edad, cuyo único ingreso para solventar sus necesidades básicas, es la pensión del peticionario.

Plantea, que se debe aplicar la norma más beneficiosa para el pensionado, y *“no despojarlo de toda posibilidad de acceder a este beneficio con el cual se busca es garantizar unas condiciones mínimas de su núcleo familiar.”*

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 16 de enero de 2017⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el accionante.

³ Folios 83 – 88, del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 93 – 94, del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

Posteriormente, a través de providencia de 15 de febrero de 2017⁶, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, llamado al que atendió solamente la entidad accionada⁷, aduciendo una fundamentación jurídica que dista del objeto de *litis*, pues, sus alegatos conclusivos se edifican bajo la temática de una reliquidación pensional, con la inclusión de factoriales salariales, algo distinto a lo aquí planteado, que es el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1 Cuestión preliminar. Impedimento

La Magistrada Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, se declara impedida acudiendo a la causal 2º del artículo 141 del Código General del Proceso (por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). El tenor de dicha norma es el siguiente:

“2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”

En atención a lo anterior, para la Sala, indiscutiblemente, se acredita el supuesto fáctico y normativo del impedimento manifestado, toda vez que la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, fungió como juez en cierto transcurso de la primera instancia.

2.2. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**,

⁶ Folio 12, del cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 22 – 27 del cuaderno de segunda instancia.

de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.3. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho el accionante al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, consagrado en el Decreto 758 de 1990?

2.4.- Análisis de la Sala.

El incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo, que se aduce en este proceso, tiene su sustento normativo en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 – *Por medio del cual se aprueba el Acuerdo No. 049 de 1990 – Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte* -, que dispone:

“Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.”

Atendiendo dicha normativa, la Sala anticipa, que al demandante no le asiste derecho al incremento pensional, por las razones que se pasan a exponer.

En primer lugar, porque el régimen jurídico bajo el cual se fundamentó el reconocimiento de la pensión de vejez del señor **ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS**, no fue el Decreto 758 de 1990, sino en virtud de las Leyes 6 de 1945 y 33 de 1985, sistemas legales que si bien tienen en común regular aspectos prestacionales en pensión, es claro que el campo de aplicación de cada uno es diferente – sector oficial (público) y sector privado -.

En efecto, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, a través de Resolución 0447 del 10 de octubre de 2005, le reconoció al actor, en su condición de docente oficial, la pensión de vejez, en los siguientes términos:

“CONSIDERANDO:

Que mediante solicitud radicada con el No. 0258 de fecha 27 de julio de 2005, el señor ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS,..., solicita el reconocimiento y pago de su pensión vitalicia de jubilación, por los servicios prestados como docente NACIONALIZADO en el cargo de Coordinador en la Institución Educativa San Mateo en el Municipio de El Roble, financiado con Recursos del Situado Fiscal/Presupuesto Ley 91 de 1989, por más de 20 años y tener la edad requerida, según Ley 33 de 1985, grado 13 del Escalafón Nacional Docente.

(..)

Que el valor de la pensión está calculado en la suma de \$1.420.112,00 equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status.

(..)

Que son disposiciones aplicables entre otras la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.

Que en virtud de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y pagar al señor ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS,... una pensión vitalicia de

jubilación, con una mesada de UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTE MIL CIENTO DOCE PESOS (\$1.420.112,00) M/CTE, efectiva a partir del 28 de junio de 2005, como docente NACIONALIZADO,..."⁸

Posteriormente, le fue reliquidada la pensión, mediante Resolución No. 1115 del 23 de octubre de 2012, así:

"Por la cual se reconoce y se ordena el pago de un ajuste a la pensión vitalicia de jubilación reconocida mediante resolución 0447 de 10 de octubre de 2005, en cumplimiento de un fallo judicial.

(..)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y pagar al señor ARNULFO ENRIQUE ORTEGA CONTRERAS, ... un ajuste a la pensión vitalicia de jubilación ya pagada, con una mesada ajustada de UN MILLON SEISCIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$1.610.485,00) M/CTE, efectiva a partir del 28 de junio de 2005, como docente NACIONALIZADO en la Institución Educativa San Mateo en el municipio de El Roble."⁹

A lo transcrito, hay que agregar, que no existe conflicto o duda alguna sobre el régimen que rodea el reconocimiento de la pensión de vejez del actor, que amerite dar aplicación al principio de favorabilidad, en virtud del cual, se tenga que a la vez, sopesar supuestos que pueden encuadrar en otro régimen más beneficioso, *contrario sensu*, cuando se encuentra acreditado, como en el presente caso, un reconocimiento pensional conforme a las leyes propias que cobijaban la situación fáctica (la calidad de empleado oficial, edad, y tiempo de servicios) que detentaba el actor previo a adquirir el status de pensionado.

En ese sentido, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-395 de 2016, señaló:

"Entonces, concluye la Sala que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 están vigentes y son aplicables para aquellas

⁸ Fls. 15 – 16, cuaderno de primera instancia.

⁹ Fls. 17 - 20, cuaderno de primera instancia.

pensiones reconocidas en virtud de la reglamentación contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que: (i) existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia una interpretación unánime sobre la vigencia de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, interpretación sustentada, entre otras cosas, en la disposición constitucional que contempla la favorabilidad laboral, y la inescindibilidad que comportan las reglas laborales; (ii) la vigencia de las normas no fue objeto de debate en las instancias del proceso laboral ni en el proceso de tutela; y (iii) en los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la prescripción del incremento pensional no se ha contemplado la derogatoria de las normas pertinentes para el asunto, acogiendo implícitamente la tesis de la Corte Suprema de Justicia.

40. Ahora bien, para dar aplicación al principio de favorabilidad, ha dicho la Corte que es necesario analizar los elementos de dicho principio teniendo en cuenta que **(i) la duda debe ser seria y objetiva**, pues ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, se debe considerar la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; además, **(ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto**, es decir, que las mismas puedan ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”¹⁰

Finalmente considera la Sala, que no se le vulneran al actor los derechos a la vida digna y de seguridad social, toda vez que, éste recibe una pensión de \$1.610.485,00, monto ostensiblemente incompatible para otorgar (en gracia de discusión), el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, pues, tal beneficio es destinado a las personas que reciben una pensión equivalente al salario mínimo, precisamente para garantizarles una vida en condiciones dignas.

En ese orden de ideas y tal como se vaticinó en líneas anteriores, esta Sala de Decisión confirmará la sentencia recurrida.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se

¹⁰ Sentencia de 28 de julio de 2016, M.P: Dr. Alejandro Linares Cantillo.

condenará en costas a la parte demandante y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por la Magistrada Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia adiada 23 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0086/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Con impedimento)