



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE	: <b>JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO</b>
RADICACIÓN	: 410013333005-2017-00182-01
DEMANDANTE	: FANNY CARVAJAL QUEVEDO
DEMANDADO	: NACIÓN – MEN – FONPREMA
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA No.	: 08 – 05 – 53 – 20/NRD 33 – 2 – 32
ACTA No.	: 035 DE LA FECHA

### 1. TEMA.

Se decide el recurso de apelación promovido por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva el 31 de mayo de 2018.

### 2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

#### 2.1. Posición de la parte actora.

**Solicitó** la nulidad parcial de la Resolución No. 538 del 11 de marzo de 2015, por medio de la cual se le reconoció su pensión de jubilación sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, a fin de que se restablezca su derecho reliquidando la prestación en la forma deprecada, cancelando las diferencias resultantes debidamente actualizadas, con los reajustes ordenados por ley, más los intereses causados y las costas procesales.

El **sustento fáctico** señaló que por haber cumplido con todos los requisitos legales, la demandada le reconoció su pensión de jubilación mediante Resolución No. 538 del 11 de marzo de 2015, pero en la misma no le fueron incluidos la totalidad de los factores salariales devengados y certificados al momento en que adquirió su estatus de pensionada (25 de diciembre de 2014), lo que le significó recibir una prestación menor a la que realmente tiene derecho.

Consideró **vulnerados** los artículos 1, 2, 4 a 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 83 del CPACA, Leyes 33 y 62 de 1985; Decreto 524 de 1975;

45 del Decreto 1045 de 1978 y Decreto 2277 de 1979, al igual que citó como desconocida la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

El **concepto de la violación** invocó las causales de anulación de: a) haberse expedido el acto administrativo con infracción de las normas en que debió fundarse y b) falsa motivación, pues desconoció la normativa que rige su situación jurídica, toda vez que el IBL pensional debió obtenerse de acuerdo con el régimen anterior que le resulta aplicable (Leyes 33 y 62 de 1985), incluyendo todos los factores salariales devengados en año anterior a la causación del derecho, pues constituyen salario y la demandada omitió hacerlo, desconociendo así la sentencia de unificación mencionada, los principios de favorabilidad, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y los derechos adquiridos.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial ratificó los argumentos de la demanda que señalan la procedencia de sus pretensiones.

## **2.2. Posición de la parte demandada (f. 43 a 48).**

La Nación – MEN – FONPREMA se opuso **a las pretensiones** y solicitó que se condene en costas a la parte actora, de conformidad al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto a **los hechos** indicó que son ciertos solo conforme a la identificación del acto administrativo de reconocimiento pensional, no obstante el mismo se ajusta a derecho, lo anterior como quiera que la prestación fue reconocida siguiendo los lineamientos de las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 812 de 2003.

Con base en lo anterior propuso las excepciones de: **a)** Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario de la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **b)** La relación jurídico-sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional; **c)** vinculación de la secretaría de educación municipal de Neiva al proceso – integración del contradictorio; **d)** inexistencia de la vulneración de principios legales; **e)** prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha la radicación de la demanda y/o reclamación administrativa y **f)** innominada o genérica.

En concreto, dichas excepciones se sustentan en que el Fonprema es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica pero con independencia patrimonial, contable y estadística y por lo mismo no hace parte del MEN, además que los recursos que lo integran son actualmente administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A., quien en virtud del contrato de fiducia pública No. 083 de 1990 ejerce como vocera y representante judicial del patrimonio autónomo que allí se conformó con los bienes objeto del fideicomiso, por eso dicha sociedad es quien debe comparecer al proceso como lo permite el artículo 54 del CGP.

Añadió que si el MEN no tiene la facultad nominadora de los docentes estatales, mucho menos tiene competencia para expedir actos administrativos relacionados con las prestaciones sociales de dichos servidores y ello puede evidenciarse en el presente asunto, pues en virtud de los artículos 30 de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962 de 2005 tal función corresponde a las secretarías territoriales de educación, luego es la Secretaría de Educación Departamental del Huila quien también debe concurrir al proceso, pues entre otra cosas, es la nominadora de la demandante, expidió el acto que le reconoció la pensión de jubilación y tiene en su poder su expediente administrativo.

Agregó que de todos modos, el acto acusado no es contrario al ordenamiento jurídico, habida cuenta que reconoció la prestación en aplicación de la normativa que rige la situación jurídica de la demandante, la cual dispone claramente que en la liquidación de la prestación solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar aportes para pensión, por eso la reliquidación deprecada es improcedente y así lo ratificó la Corte Constitucional en las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-395/17, entre otras, al igual que lo hizo el Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, cuya primera regla y su sub-regla no son aplicables a los docentes oficiales porque expresamente lo indicó tal providencia, pero la segunda sub-regla sí los vincula porque frente a la misma no hizo exclusión.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial iteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda que indican la improcedencia de la reliquidación deprecada.

### **2.3. El Ministerio Público.**

No asistió a la audiencia inicial y por tanto no rindió concepto.

#### **2.4. La sentencia de primera instancia.**

El Juzgado Quinto Administrativo de Neiva dictó sentencia el 31 de mayo de 2018, negando las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para llegar a tal decisión se refirió al marco normativo y jurisprudencial de la pensión de jubilación para los docentes oficiales, destacando que en virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, quienes se vincularon antes de su entrada en vigencia, los cobijará el régimen prestacional anterior y a los vinculados con posterioridad a su vigencia, les vincula el régimen de prima media establecida en la Ley 100 de 1993.

Indicó que el régimen pensional de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 es la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a la Ley 33 de 1985, siendo esta última regulada por el Consejo de Estado mediante sentencia de agosto 4 de 2010 en la que se indicó que los factores salariales en ella mencionados no constituían un listado taxativo, sino que los mismos se encontraban estipulados de forma enunciativa, por lo que constituía salario toda aquella remuneración que recibiera el trabajador como contraprestación directa por su servicio y que hubiese sido percibida en forma habitual y periódica.

Adujo que no es posible incluir factores salariales que no reflejen lo devengado por los docentes a lo largo de su vida laboral, es decir, los 20 años que exige la norma para efectos del reconocimiento pensional, como quiera que un factor salarial que se devengó en un corto periodo de tiempo, afecta en gran medida el monto del reconocimiento pensional, por lo que no era posible acceder a la reliquidación pensional con la inclusión de la prima de servicios.

Finalmente, afirmó que una interpretación de la norma que se ajusta con el derecho a la igualdad, así como los principios de universalidad, equidad, solidaridad y eficiencia de un sistema pensional equitativo debe conducir a que las pensiones se basen en el ingreso real que obtuvieron los trabajadores a lo largo de su vida laboral y no sobre lo devengado en un corto periodo de tiempo.

#### **2.5. El recurso de apelación.**

La parte demandante apeló y sustentó el recurso (f. 85 a 87), solicitando se revoque el fallo de primera instancia y se ordene la reliquidación pensional con la inclusión de la prima de servicios devengada, lo anterior como quiera que el *a quo* desconoció que la aplicación de la Ley 33 de 1985 conlleva a la inclusión de todos los emolumentos efectivamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus y dicha prima lo fue en tal lapso.

Además, indicó que la sentencia recurrida desconoció la postura del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, en la que dicha Corporación señaló que la base para liquidar las pensiones de la Ley 33 de 1985 en el régimen de transición estará constituida por todos los factores salariales que devenguen los empleados públicos durante el último año de servicio de manera habitual y periódica.

### **3. LA SEGUNDA INSTANCIA, CONSIDERACIONES.**

#### **3.1. Actuaciones procesales.**

El recurso fue admitido con auto del 25 de octubre de 2018 (f. 4, C. 2ª I.) y con auto del 6 de diciembre de la misma anualidad se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 9, C. 2ª I.) oportunidad en la cual los apoderados de las partes recorrieron el traslado (f. 13 a 15 y 17, C. 2ª I.).

#### **3.2. Competencia, legitimación y validez.**

La Corporación es competente para dirimir esta instancia de conformidad con el artículo 153 CPACA, pues no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado y las partes están legitimadas por cuanto la demandada con el acto acusado reconoció la pensión de la actora sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus y por eso el interés para que se decida sobre su validez.

#### **3.3. Problema jurídico.**

Se plantea al Tribunal resolver: ¿Debe revocarse la providencia de primer grado, porque a la actora le asiste el derecho a que su pensión sea liquidada con la inclusión de todos los factores constitutivos de salario, devengados durante el año previo a la adquisición del estatus pensional, así hayan sido devengados

únicamente durante dicho lapso y por ende, el acto acusado<sup>1</sup> está viciado de nulidad?

La tesis del Tribunal es que a la demandante solo le asiste el derecho a que su pensión sea liquidada con los factores salariales percibidos en el año anterior al estatus pensional enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985<sup>2</sup> y normas posteriores y así ocurrió, de ahí que la sentencia recurrida se confirmará por cuanto el factor salarial cuya inclusión se solicitó no figuran en la lista de la citada norma.

Esta tesis se sustenta en el análisis del régimen pensional aplicable, el precedente jurisprudencial sobre la materia y el caso en concreto a la luz de lo probado.

### **3.4. El régimen pensional de los docentes estatales.**

En sentencia **SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019**<sup>3</sup>, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia y precisó que son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación de los docentes oficiales, cuya aplicación está condicionada a la fecha de vinculación al sector educativo, así:

*“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, así:*

*a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*

*b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.” (Negrilla original).*

<sup>1</sup> Resolución No. 538 del 11 de marzo de 2015.

<sup>2</sup> Modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

<sup>3</sup> C.P. César Palomino Cortés, exp.: 680012333000201500569-01

Teniendo en cuenta lo anterior y que de acuerdo a los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, una sentencia de unificación jurisprudencial del órgano de cierre de esta jurisdicción constituye precedente obligatorio, en aplicación del principio de seguridad jurídica este Tribunal acoge la postura del Consejo de Estado y con base en ella resolverá el presente asunto, descartándose de plano la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 como lo pretende la parte recurrente, pues es evidente que no rige para los docentes estatales, como quiera que tal providencia se refirió al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 279 los excluyó de su aplicación.

Así, conforme al precedente, todos los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 (27 de junio) los cobija la Ley 33 de 1985, de ahí que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión de jubilación son aquéllos sobre los cuales haya efectuado los respectivos aportes y se encuentren enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estos son: **a)** asignación básica; **b)** gastos de representación; **c)** primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; **d)** dominicales y feriados; **e)** horas extras; **f)** bonificación por servicios prestados y **g)** trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y los que leyes posteriores le den esa connotación.

### **3.5. Caso concreto.**

En el presente asunto está demostrado que la actora fue vinculada a la docencia oficial el 15 de julio de 1985 como docente "NACIONALIZADO S.F", según lo indicado en el acto administrativo de reconocimiento pensional (f. 10), por lo que de acuerdo a lo expuesto le resulta aplicable la Ley 33 de 1985.

También está acreditado que con la Resolución No. 538 del 11 de marzo de 2015 le fue reconocida pensión de jubilación (f. 10), en cuantía de \$2'289.744 efectiva a partir del 26 de diciembre de 2014, en la cual se tuvieron en cuenta como factores salariales la asignación básica y la 1/12 parte de la prima de navidad y vacaciones.

De igual forma, se probó que la demandante durante el año previo a la adquisición del estatus pensional, además de los factores mencionados, devengó la prima de servicios, tal como lo indica el certificado de factores salariales aportado (f. 16), emolumento que no puede incluirse en el IBL porque no está listado en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985.

En esa medida, a la actora le asiste el derecho a que su pensión sea liquidada conforme a lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y así ocurrió en el acto demandado, luego es claro que el mismo no contrario el ordenamiento jurídico y por tal motivo no se acogen los argumentos de la alzada, imponiéndose la confirmación de la providencia apelada.

Ahora, observa el Tribunal que en el IBL fue incluida 1/12 parte de la prima de navidad y vacaciones que tampoco hacen parte del listado de factores a computar; no obstante, en aplicación del principio de favorabilidad su inclusión debe mantenerse.

#### **4. COSTAS.**

Finalmente, como la apelación no fue acogida, se condenará en costas a la parte actora en esta instancia, en la cual se incluirá un (1) salario mínimo legal mensual vigente de agencias en derecho a favor de la parte demandada, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA. Para la tasación de las agencias en derecho se tuvieron en cuenta la especialidad y naturaleza de la gestión, así como la cuantía de las pretensiones y el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 pues la demandada debió concurrir mediante apoderado al proceso, quien la asistió en todo el trámite, sin que sea necesario exigirle que aporte el contrato de asesoría por cuanto con el poder conferido quedó demostrado el contrato de mandato que otorgó.

#### **5. DECISIÓN.**

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **DECIDE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 31 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada, en la cual se incluirá un (1) salario mínimo legal mensual vigente de agencias en derecho.

**TERCERO: ORDENAR** que una vez en firme esta providencia se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los magistrados,



**JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO**



**ENRIQUE DUSSÁN CABRERA**



**RAMIRO APONTE PINO**