



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

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

MAGISTRADO PONENTE	: JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
RADICACIÓN	: 410013333005-2017-00305-01
DEMANDANTE	: REINA ISABEL MARTÍN CIFUENTES
DEMANDADO	: NACIÓN – MEN – FONPREMA
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA No.	: 06 – 05 – 51 – 20/NRD 31 – 2 – 30
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 6 de diciembre de 2018.

2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

2.1. Posición de la parte actora.

Solicitó la nulidad parcial de la Resolución No. 1009 del 8 de mayo 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 laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y por cumplir con los requisitos establecidos por la ley le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la Resolución No. 1009 del 8 de mayo de 2015, no obstante, solo se le incluyó en la liquidación pensional la asignación básica y prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad percibida en el año anterior al estatus de pensionado.

Consideró **vulnerados** los artículos 1º de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 71 de 1988, 15 de la Ley 91 de 1989; Decreto 1045 de 1978 y 10 del Decreto 1160 de 1989.

El **concepto de la violación** invocó la infracción de las normas superiores en que el acto debió fundarse, pues desconoció la normatividad que rige sus situaciones jurídicas, toda vez que la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 estableció el régimen prestacional de los docentes tomando como referencia la fecha de vinculación al servicio educativo estatal, de manera que si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de dicha ley, el régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y si la vinculación fue posterior, quedan regidos por la Ley 100 de 1993.

Precisó que a la demandante le resulta aplicable el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes, por ende queda sujeto a la Ley 33 de 1985 cuyo artículo 1º determinó que la pensión mensual vitalicia de jubilación se pagara con el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, sin establecer los factores salariales correspondientes pero el Consejo de Estado en sentencia de unificación de agosto 4 de 2010¹ indicó que ello no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, en pro de efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales de los trabajadores.

Afirmó que la inclusión de los factores salariales en la pensión de jubilación reclamada por el demandante se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó el docente durante el último año de prestación del servicio, apoyándose en la jurisprudencia².

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. 51 a 56).

¹ Radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de noviembre 25 de 2010, rad. 73001-23-31-000-2007-00146-01 (0465-09); Sentencia de agosto 14 de 2009, rad. 250002325000200506747, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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 no le constan y deberán probarse en el transcurso del proceso.

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 6 de diciembre de 2018 (f. 83 a 90), negando las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

Para arribar a tal decisión indicó que de conformidad a la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018³, procedería a aplicar la segunda subregla de la cual no fue excluido el gremio docente, según la cual el IBL no es un aspecto propio de la transición, sin excepción alguna de fecha de presentación de la demanda o sobre la que adquirió el derecho pensional.

Igualmente, señaló que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen pensional de los docentes pertenecientes al Fonprema se determina por la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, de tal forma que si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), su régimen pensional corresponde a lo establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes, pero si es posterior, el régimen aplicable será el de

³ C.P. Cesar Palomino Cortés, 520012333000201200143-01

prima media contenida en la Ley 100 de 1993 y para el caso en concreto el docente está en la primera de ellas por tanto se rige por la Ley 91 de 1989 que hace remisión en su artículo 15 a la Ley 33 de 1985.

Expuso las razones por las cuales varió el criterio que había adoptado previamente con apoyo en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y acogió íntegramente la sentencia de unificación de agosto 28 de 2018, porque en ella se excluyó a los docentes afiliados al Fonprema de la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y concluyó que el IBL no hace parte de esa transición, la cual solo comprende la edad, tiempo de servicio o de aportes y tasa de remplazo de la Ley 33 de 1985, pero el periodo a liquidar sería sobre los últimos 10 años conforme a los términos y condiciones de la Ley 100 de 1993, sin embargo los docentes no fueron excluidos de la subregla que indicó que los factores a liquidar serían sobre los cuales se hayan efectuado las respectivas cotizaciones.

De esa manera, encontró que la demandante no logró demostrar que efectuó los correspondientes aportes sobre los factores que no les fueron incluidos en el reconocimiento de su pensión y como los mismos no se encuentran expresamente autorizados por la Ley para hacer parte del IB, negó lo pretendido.

2.5. El recurso de apelación.

En forma oportuna la parte actora apeló y sustentó el recurso (f. 95 a 108), solicitando revocar el fallo de primera instancia y se ordene atender la sentencia de unificación del Consejo de Estado de agosto 4 de 2010⁴, esto es, incluyendo en el IBL todos los factores salariales percibidos el último año previo a adquirir el estatus pensional, en aplicación de los principios de favorabilidad, progresividad y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Indicó que los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 se cobijan por las Leyes 33 y 62 de 1985 por remisión de la Ley 91 de 1989⁵ la cual también consagró que los docentes por ser empleados de régimen especial se rigen además por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

⁴ C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 66001-33-33-004-2014-00736-01

⁵ Citó apartes de concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de noviembre 22 de 2007, Rad. 1857, sentencia del Consejo de Estado de marzo 16 de 2017 en el Rad. 250002342000-2012-00275-01 y C-486/16.

Agregó que se deben tener en cuenta todos los factores devengados por el docente, ante la omisión de la administración de hacer los descuentos para aportar al sistema pensional, en aplicación del test de proporcionalidad fijado por la Corte Constitucional⁶ y dado que se trata de reconocimientos laborales que se consolidan en nuevos factores salariales posteriores a la expedición de la Ley 33 sobre los cuales la ley no ordenó descuentos ni el demandante se opuso a que se los efectúen pero se puede ordenar que se realicen.

3. LA SEGUNDA INSTANCIA, CONSIDERACIONES.

3.1. Actuaciones procesales.

El recurso fue admitido con auto del 30 de abril de 2019 (f. 4, C. 2ª I.) y con auto del 14 de junio de la misma anualidad se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 9, C. 2ª I.) oportunidad en la cual solo el apoderado de la parte demandante recorrió el traslado (f. 14 a 26, 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 derecho pensional, no sólo con aquellos sobre los cuales hizo sus aportes y por ende, el acto acusado⁷ 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

⁶ C-916/02 y C-838/13

⁷ Resolución No. 1009 del 8 de mayo de 2015.

estatus pensional enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985⁸ y normas posteriores y así ocurrió, de ahí que la sentencia recurrida se confirmará por cuanto los factores salariales 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**⁹, 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 párrafo 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).

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

⁸ Modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

⁹ C.P. César Palomino Cortés, exp.: 680012333000201500569-01

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 21 de marzo de 1995 como docente "NACIONAL S.F", según lo indicado en el acto administrativo de reconocimiento pensional (f. 20), por lo que de acuerdo a lo expuesto le resulta aplicable la Ley 33 de 1985.

También está acreditado que con la Resolución No. 1009 del 8 de mayo de 2015 le fue reconocida pensión de jubilación (f. 20), en cuantía de \$2'060.288 efectiva a partir del 14 de enero de 2014, en la cual se tuvieron en cuenta como factores salariales la asignación básica y la 1/12 parte de la prima de 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 navidad, tal como lo indica el certificado de factores salariales aportado (f. 23), 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 vacaciones que tampoco hace 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 6 de diciembre 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