



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

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

MAGISTRADO PONENTE	: <b>JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO</b>
RADICACIÓN	: 410013333007- <b>2017-00508</b> -01
DEMANDANTE	: IDALIA FRANCO DE RODRÍGUEZ
DEMANDADO	: NACIÓN – MEN – FONPREMA
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA No.	: 05 – 05 – 50 – 20/NRD 30 – 2 – 29
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 Séptimo Administrativo de Neiva el 14 de marzo de 2019.

### 2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

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

**Solicitó** la nulidad parcial de las Resoluciones No. 3276 del 7 de octubre de 2009 y No. 1418 del 3 de marzo de 2017, por medio de las cuales se le reconoció y reliquidó su pensión de jubilación sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al retiro definitivo del mismo, 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 cumplir con los requisitos establecidos por la ley le fue reconocida su pensión de jubilación mediante Resolución No. 3276 del 7 de octubre de 2009, la cual se reliquidó por retiro definitivo del servicio mediante Resolución No. 1418 del 3 de marzo de 2017, en la cual solo se incluyó la asignación básica, horas extras y prima de vacaciones, sin la inclusión de la prima de navidad.

Consideró **vulnerados** los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 25 y 48 de la Constitución Política, 15 de la Ley 91 de 1989, 288 de la Ley 100 de 1993, 81 de la Ley 812 de 2003, 3 del Decreto 3752 de 2003, Leyes 71 de 1988, 33 y 62 de 1985.

El **concepto de la violación** invocó la causal de anulación de haberse expedido el acto administrativo con infracción de las normas en que debió fundarse, 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 el año anterior a la causación del derecho, pues dicha normativa no dispone un listado taxativo de factores salariales que deba tenerse en cuenta por el operador jurídico para liquidar las pensiones de los servidores públicos<sup>1</sup>.

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. 47 a 52).**

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.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sentencia de unificación de agosto 4 de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado, rad. 2006-07509-01 (0112-09).

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 y por tanto no rindió concepto.

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

El Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva dictó sentencia el 14 de marzo de 2019 en el marco de la audiencia inicial (f. 71 y 72), declarando no probada la excepción denominada falta de integración de litisconsorcio y negó las pretensiones de la demanda, además de no condenar en costas.

Para llegar a tal decisión indicó que el régimen prestacional aplicable al gremio docente es el consagrado en la Ley 93 de 1995 con el régimen de transición aplicable restrictivamente, tal y como lo indicó el Consejo de Estado en providencia del 20 de octubre de 2014, así mismo, refirió que en anteriores oportunidades dicho despacho judicial había acogido la postura adoptada por la referida Corporación en sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual los factores que establecía la Ley 33 y 62 de 1985 no eran taxativos sino meramente enunciativos, siendo posible la inclusión de otros factores que habitual o cotidianamente devengara el docente en ejercicio de su actividad.

No obstante lo anterior, refirió que dicha postura estuvo vigente hasta el nuevo pronunciamiento realizado mediante sentencia del 28 de agosto de 2018 que estableció una regla y dos subreglas, de las cuales a los docentes les es aplicable la segunda subregla que reguló el tema de los factores salariales a tener en cuenta en las liquidaciones pensionales conforme la Ley 33 de 1985, con ocasión a ello, los factores salariales que deben incluirse en el IBL son únicamente aquellos sobre los cuales se hubiesen efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Concluyó que la demandante al vincularse con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, le es aplicable la Ley 91 de 1989 y por virtud de ésta la Ley 33 de 1985, pero al avistar que el acto administrativo que reliquidó la pensión tuvo en cuenta únicamente los factores sobre los cuales la docente hizo los respectivos aportes al sistema pensional, el mismo no ha quebrantado el ordenamiento jurídico y por ende no es procedente la reliquidación solicitada con aquellos factores que no aparecen enlistados en la referida Ley 33 y sobre los cuales no efectuaron las correspondientes cotizaciones, por eso las pretensiones deben negarse.

## **2.5. El recurso de apelación.**

En forma oportuna la parte actora apeló y sustentó el recurso (f. 96 a 100), solicitando revocar el fallo de primera instancia para que se acceda a sus pretensiones como quiera que el régimen pensional aplicable es el establecido con anterioridad al 27 de junio de 2003, esto es, las Leyes 91 de 1989, 33 y 62 de 1985 y no el de prima media con prestación definida previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que los criterios adoptados en la sentencia del 28 de agosto de 2018 no le son aplicables.

Indicó que se debe integrar la base de liquidación de su pensión de jubilación con todos los factores salariales percibidos el año anterior a la adquisición de su estatus pensional y no solamente los enunciados en la normatividad referida, por lo que la interpretación que debe darse a la Ley 33 y 62 de 1985 es la que permita efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, en aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

Finalmente, reiteró que la sentencia de agosto 28 de 2018 no es aplicable a los docentes afiliados al Fonprema, cobrando plena vigencia la sentencia de unificación citada, siendo posible ordenar a la entidad demandada descontar los aportes de los factores salariales incluidos en la reliquidación pensional.

## **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 de mayo 9 de la misma anualidad (f. 9, C. 2ª I.) se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la cual solo la parte demandada descorrió el traslado (f. 14 a 16, 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 los actos acusados reconoció y reliquidó la pensión de la actora sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio 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 último año de prestación de servicio, no sólo con aquellos sobre los cuales hizo sus aportes y por ende, los actos acusados<sup>2</sup> están viciados 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 último año de prestación de servicio enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985<sup>3</sup> 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**<sup>4</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 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.*

---

<sup>2</sup> Resolución No. 6591 del 2 de noviembre de 2016.

<sup>3</sup> Modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

<sup>4</sup> C.P. César Palomino Cortés, exp.: 680012333000201500569-01

*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 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 12 de marzo de 1975 como docente “NACIONAL”, según lo indicado en el acto administrativo de reconocimiento pensional (f. 11), por lo que de acuerdo a lo expuesto le resulta aplicable la Ley 33 de 1985.

También está acreditado que con la Resolución No. 3276 del 7 de octubre de 2009 le fue reconocida pensión de jubilación (f. 11 a 13), efectiva a partir del 30 de noviembre de 2008, en la que se tuvieron como factores salariales el sueldo y la prima de vacaciones y mediante Decreto 1028 de 2011 se aceptó su renuncia a partir del 5 de julio de 2011 (f. 15).

Con ocasión a lo anterior, mediante Resolución No. 1418 del 3 de marzo de 2017 (f. 20 a 23) se reliquidó la pensión de jubilación en cuantía de \$2'031.757, en la cual se tuvieron en cuenta como factores salariales la asignación básica mensual, la 1/12 parte de las horas extras y prima de vacaciones.

De igual forma, se probó que la demandante durante el último año de prestación de servicio (5 de julio de 2011), además de los factores mencionados, devengó la prima de navidad, tal como lo indica el certificado de factores salariales aportado (f. 25), 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 la Resolución No. 1418 del 3 de marzo de 2017, luego es claro que el mismo no contrario el ordenamiento jurídico y por tal motivo no se acogen los argumentos de la alzada.

Ahora, frente a la legalidad de la Resolución No. 3276 del 7 de octubre de 2009, al no haberse allegado documental alguna en la que se evidencie los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, dicho análisis no puede realizarse, imponiéndose la confirmación de la providencia apelada.

Finalmente, observa el Tribunal que en el IBL pensional 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 14 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo 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**