



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

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

MAGISTRADO PONENTE	: JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
RADICACIÓN	: 410013333009-2017-00274-01
DEMANDANTE	: FLOR INÉS LAGUNA DE PERDOMO
DEMANDADO	: NACIÓN – MEN – FONPREMA
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA No.	: 03 – 05 – 48 – 20/NRD 28 – 2 – 27
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 Noveno Administrativo de Neiva el 11 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. 082 del 20 de febrero de 2008 y la nulidad total del oficio 2017RE154, por medio de la cual se le reconoció su pensión de vejez y negó la reliquidación de la misma con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, respectivamente, 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 la demandada le reconoció su pensión de jubilación mediante Resolución No. 082 del 20 de febrero de 2008, no obstante no tuvo en cuenta los factores salariales de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, debidamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, por lo que elevó solicitud de reliquidación el 24 de noviembre de 2016, siendo negada mediante el oficio No. 2017RE154.

Consideró **vulnerados** los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 25, 29, 53, 58 y 87 de la Constitución Política; 1º inciso 2º de la Ley 33 de 1985; 4º de la Ley 4 de 1966

reglamentada por el artículo 5° del Decreto 1743 de 1966; Decretos 2285 de 1955; 1042/78; 1160/47; 3135/68; Leyes 114 de 1913; 6 de 1945; 24 de 1947.

El **concepto de la violación** invocó la infracción de las normas superiores en que el acto debió fundarse, pues desconoció la normatividad que rige su situación jurídica, máxime cuando al amparo del artículo 93 del CPACA la demandada pudo revocar parcialmente el acto administrativo que reconoció su pensión de jubilación con desconocimiento de los factores salariales a los cuales tiene derecho y en su lugar haber expedido uno nuevo que rectificara el error cometido, no obstante, resolvió de forma arbitraria la petición elevada, desde una perspectiva de la norma que vulnera derechos constitucionales de los trabajadores y desconoce principios legales, permitiendo la pérdida del poder adquisitivo de *la moneda*.

Refirió que las pensiones regidas por leyes especiales se deben liquidar exclusivamente con fundamento en ellas y no sobre los aportes, pues la remuneración es todo lo que percibe el trabajador directa o indirectamente por causa de su relación laboral sin que sea dable a la administración abstenerse de liquidar correctamente las pensiones.

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 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 no emitió concepto.

2.4. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Noveno Administrativo de Neiva dictó sentencia el 11 de diciembre de 2018, declarando probada la excepción propuesta por la entidad demandada denominada "inexistencia de la vulneración de principios legales", negando las pretensiones y sin condenar en costas.

Para llegar a tal decisión se refirió al marco normativo y jurisprudencial sobre el régimen pensional aplicable a los docentes oficiales, destacando que a los vinculados antes de la Ley 812 de 2003 les es aplicable la Ley 91 de 1989 y ésta a su vez remite al régimen de la Ley 33 de 1985, donde las pensiones se liquidan con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero que los vinculados con posterioridad al año 2003 los cobija la Ley 100 de 1993.

Indicó que frente a la interpretación de la Ley 33 de 1985 el Consejo de Estado había unificado su posición en la sentencia del 4 de agosto de 2010, pero que la rectificó en la sentencia del 28 de agosto de 2018, señalando que los factores a incluir en las pensiones causadas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, con arreglo a la Ley 33 de 1985, son solamente aquellos sobre los cuales se hicieron los aportes para pensión y están listados en la Ley 62 de 1985 (sub-regla dos); criterio este último que decidió acoger y aplicar al presente asunto, pues estimó que cristalizaba en mejor forma los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera sobre los que se erige el sistema pensional.

En el caso concreto, precisó que la demandante se vinculó al servicio educativo con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, siendo aplicable la Ley 91 de 1989 y por virtud de ésta la Ley 33 de 1985, pero al avistar que los emolumentos que solicitó incluir en el cálculo del IBL pensional y que devengó en el año anterior a la obtención del estatus, no figuran en los listados por la Ley 62 de 1985 y tampoco se probó que sobre los mismos efectuó los respectivos aportes al sistema

pensional, la reliquidación deprecada es improcedente y por tal razón, el acto atacado no ha quebrantado el ordenamiento jurídico, de ahí que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

2.5. El recurso de apelación.

En forma oportuna la parte actora apeló y sustentó el recurso (f. 64 a 74), solicitando revocar el fallo de primera instancia para que se acceda a las pretensiones de la demanda, para tal fin indicó que la entidad demandada sin justificación legal a desmejoró su mesada pensional al no reconocerle la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, lo que vulnera su dignidad y derechos adquiridos, siendo un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

Refirió que con el proceder de la demandada se vulnera su derecho a la seguridad social como servidor público que luego de haber cumplido con los requisitos exigidos, sin mayores argumentos jurídicos se le niega el derecho a acceder a una mesada pensional correcta, desatendiéndose la postura del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en la cual dicha corporación fue clara en precisar que el salario base de liquidación de la pensión debe incluir los demás conceptos que el trabajador devengó durante el último año de servicio, si los recibió de forma habitual y periódica.

3. LA SEGUNDA INSTANCIA Y CONSIDERACIONES.

3.1. Actuaciones procesales.

El recurso fue admitido con auto del 22 de mayo de 2019 (f. 4, C. 2ª I.) y con auto del 13 de junio de la misma anualidad se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 9, C. 2ª I.), traslado que venció en silencio (f. 15, 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 la pensión de la actora y negó su reliquidación con la inclusión de la

totalidad de los factores salariales devengados en el año previo a la adquisición del estatus pensional 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, los actos acusados¹ 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 año anterior al estatus pensional enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985² y normas posteriores, 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 y no demostró haberlos devengado.

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**³, 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

¹ Resolución No. 082 del 20 de febrero de 2008 y oficio 2017RE154.

² Modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

³ C.P. César Palomino Cortés, exp.: 680012333000201500569-01

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 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 el 6 de marzo de 1970 como docente “NACIONALIZADO”, según lo indicado en el acto administrativo de reconocimiento pensional (f. 14), por lo que de acuerdo a lo expuesto le resulta aplicable la Ley 33 de 1985.

También está acreditado que con Resolución No. 082 del 20 de febrero de 2008 (f. 14 a 17) le fue reconocida pensión de jubilación en cuantía de \$981.490

efectiva a partir del 11 de abril de 2007, en la cual se tuvo en cuenta como factores salariales la asignación básica.

Por lo anterior, la actora elevó petición de reliquidación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año previo a la adquisición del estatus pensional ante la entidad demandada y la misma fue resuelta mediante el oficio No. 2017RE154 (f. 18 a 20).

Ahora, advierte el Tribunal que no obra prueba en el plenario indicativa de los factores que devengó la actora en el año anterior al estatus pensional (10 de abril de 2007) y por tal no se acreditó que durante dicho periodo hubiera percibido las primas de navidad, vacaciones y servicios a que alude en la demanda; emolumentos que de todas maneras no pueden incluirse en el IBL porque no están listados 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 los actos demandados, luego es claro que los mismos no contrariaron el ordenamiento jurídico y por tal motivo no se acogen los argumentos de la alzada, imponiéndose la confirmación de la providencia apelada por las razones aquí expuestas.

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 11 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, por las razones expuestas.

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