



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Teléfono: 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiocho (28) de julio de 2020.

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00221-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: JAIRO OJEDA OJEDA
DEMANDADO: NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

SENTENCIA núm. 116

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

El señor JAIRO OJEDA OJEDA, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, a fin de que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 107 de 30 de noviembre de 2015.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó en la demanda se le reliquide la pensión de jubilación, tomando como base el 75 % del promedio mensual devengado durante el último año anterior a adquirir el estatus de pensionado, con inclusión de la totalidad de los factores salariales. Asimismo, se cancele el valor del retroactivo pensional y el de las mesadas adicionales de junio y diciembre, referido a la diferencia dejada de cancelar, el pago de los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sumas que deberán ser debidamente indexadas conforme al IPC, se condene en costas y agencias en derecho.

En síntesis, como base fáctica de las pretensiones, se afirmó que el señor Jairo Ojeda Ojeda nació el 15 de octubre de 1957 y laboró para el sector oficial docente desde el 8 de noviembre de 1980, realizando los aportes para pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumpliendo los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el año 2014; le fue reconocida pensión de jubilación en el año 2015, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior al estatus de pensionado.

Como normas violadas se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 48 parágrafo transitorio 5, 53, 58, 93 y 209 de la Constitución Política, los artículos 1, 17, 21, 23, 24 y 26 de la Ley 16 de 1972; los artículos 4, 9, 15 y 19 de la Ley 319 de 1996; Decreto 1848 de 1968; Decreto 1045 de 1978; leyes 33 y 62 de 1985, Ley 100 de 1993 y decreto 692 de 1994.

En el concepto de violación, se argumentó que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad al vulnerar los principios de la condición más beneficiosa, inescindibilidad y de favorabilidad, al haberse liquidado la pensión del actor sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales anteriores a adquirir el estatus de pensionado, conforme lo establecido en las normas y jurisprudencia que gobiernan la prestación del docente accionante.

1.2.- Contestación por parte de la Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asistida de mandatario judicial, esta Entidad contestó la demanda en término oportuno, oponiéndose inicialmente a las pretensiones de la misma, considerando que de acuerdo a las normas que regulan el régimen pensional del sector docente y atendiendo a que el

accionante adquirió su estatus pensional posterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003, no tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con base en la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios, ya que se debe dar aplicación a las reglas señaladas en la ley 33 de 1985, es decir, incluir solo los factores que se encuentran enlistados en esta norma, conforme la reiterada jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, sobre los cuales realizó los aportes.

Propuso las excepciones que denominó: “Falta de legitimidad en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”, “indebida presentación de la demanda”, “Prescripción” e “Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”.

De acuerdo a lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda, considerando que la prestación reconocida al actor se realizó con base en las normas procedentes, por tanto, no está afectado el acto administrativo de reconocimiento pensional.

1.3.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 9 de agosto de 2018, admitida mediante auto interlocutorio núm. 790 de 27 de agosto de 2018, procediendo a su debida notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

La Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda dentro del término legal y se corrió traslado de las excepciones propuestas a la parte accionante el 8 de febrero de 2019.

Se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, sin embargo, en virtud del Decreto 806 de 2020 y en atención a la emergencia sanitaria presentada, se procedió a correr traslado para presentar alegaciones finales a los sujetos procesales por escrito, mediante auto núm. 381 de 2 de julio de 2020, término que corrió entre el 9 de julio al 22 de julio de 2020.

1.4.- Los alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Los apoderados de las partes y la Representante del Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia procesal.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestó el servicio la accionante, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por el señor JAIRO OJEDA OJEDA no ha caducado atendiendo que se trata de la solicitud de reliquidación de una prestación periódica.

2.2.- Problema jurídico.

El problema jurídico se centrará en determinar si el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a Derecho, o si, por el contrario, le asiste razón al señor JAIRO OJEDA OJEDA en cuanto a que este se encuentra viciado de nulidad por el hecho de no reconocer la reliquidación de la pensión de jubilación a él reconocida, incluyendo todos los factores de salario devengados en el último año de servicios anterior al estatus de pensionado.

2.2.1. - Problema jurídico secundario.

Se encuentra legitimada en la causa por pasiva, la Nación– Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ¿pese a que el acto administrativo enjuiciado fue expedido por la secretaría de educación territorial?

2.3. Tesis.

Para el despacho, una vez verificado que la entidad accionada se encuentra legitimada en la causa por pasiva en el presente asunto, no accederá a las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo objeto de control jurisdiccional se encuentra ajustado a la legalidad, puesto que el señor Jairo Ojeda Ojeda no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, en los términos de la demanda, esto es, aplicando en la liquidación el 75 % de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme la reciente posición jurisprudencial.

Como fuente del derecho para decidir el presente asunto, se tendrá en cuenta:

- ✓ El artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.
- ✓ Las leyes 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993 y 812 de 2003; Decretos 1566 de 2014, 123 de 2016 y 983 de 2017.
- ✓ Sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019 radicado interno 0935-2017. En relación con los factores de salario que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) Fundamento legal en materia de pensión de jubilación para el sector docente; (iii) Factores salariales; y (iv) El caso concreto.

2.5.- Razones de la decisión.

Antes de pronunciarnos sobre el fondo del asunto, se hace necesario resolver lo concerniente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e indebida presentación de la demanda formuladas por la entidad accionada, sin embargo, ello se analizará en lo que respecta exclusivamente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional– FOMAG, ya que la sociedad Fiduciaria La Previsora no es parte en el proceso.

PRIMERA.- La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e indebida presentación de la demanda formuladas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-.

Tenemos que del texto del acto administrativo objeto de control jurisdiccional se observa que en efecto este fue expedido y suscrito por la Secretaría de Educación del departamento de la época, ello en razón a un acto de delegación.

Como se recordará, para cumplir con las obligaciones de los educadores del sector público se creó el FNPSM, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Las pensiones constituyen una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago es responsabilidad del citado Fondo al tenor del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, función que puede delegar en las entidades territoriales de conformidad con el artículo 9 de esa misma normatividad, el cual señala:

"Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales".

Y aunque el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, refiere que el secretario de educación del ente territorial respectivo es quien proyecta la resolución de reconocimiento de la prestación, quien finalmente lo aprueba es el administrador del fondo, esta norma reza:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

Entonces, por disposición legal el ente territorial interviene en el trámite administrativo como un canal facilitador para el reconocimiento de la prestación solicitada por los docentes, pues, aunque el secretario de educación territorial suscribe la resolución, ello lo hace en cumplimiento de las atribuciones legales y en representación de la Nación.

De esta manera se concluye que, como el acto administrativo que reconoce y ordena pagar prestaciones de los docentes requieren aprobación del administrador del Fondo, y son suscritos por el secretario de educación en virtud del acto de delegación, reflejan así la voluntad de la Nación.

Por ende, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación propuesta por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resolviendo la excepción relacionada con la legitimación en la causa, queda igualmente resuelta la excepción de indebida presentación de la demanda que se sustenta en similares argumentos.

SEGUNDA.- Lo probado en el proceso.

- ✚ El señor Jairo Ojeda Ojeda nació el 15 de octubre de 1957.
- ✚ Laboró en calidad de docente oficial desde el 8 de noviembre de 1980 hasta el 25 de agosto de 2014, fecha última en la cual adquirió el estatus de pensionado y se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se indica en la Resolución nro. 107 de 30 de noviembre de 2015.
- ✚ Mediante Resolución nro. 107 de 30 de noviembre de 2015 se le reconoció pensión de jubilación, efectiva a partir del 26 de agosto de 2014; tomando como base el 75 % de los factores sobre los cuales realizó aportes (asignación básica, prima de vacaciones y horas extras) devengados en el último año de servicios anterior a adquirir el estatus de pensionado.

TERCERA.- Fundamento legal en materia de pensión de jubilación para los docentes del sector público.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en su artículo 15 señaló que, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les aplicaría en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional. Esto señaló:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

2. Pensiones:

(...)

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando

se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...]”.

Teniendo en cuenta que ni las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 normas referidas al sector docente, consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para el sector público docente, la Ley 33 de 1985, régimen general vigente para la época, constituía para ellos el régimen aplicable en esta materia; recordando también que este grupo de trabajadores había quedado expresamente excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993, así lo indicó esta norma en su artículo 279.

En la actualidad, conforme a lo establecido en el artículo 81¹ de la Ley 812 de 2003, los docentes oficiales que se vinculen a partir de su entrada en vigencia, se gobernarían en materia pensional por el régimen de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993. Mientras que, los educadores vinculados con anterioridad a esa fecha, se continúan rigiendo por la normativa anterior; es decir, la Ley 33 de 1985.

Esa regla especial fue elevada a rango constitucional, a través del párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

CUARTA.- Factores salariales.

En cuanto a los factores de salario que deben observarse para liquidar la pensión de jubilación de los docentes, de acuerdo con las pautas de la jurisprudencia del Consejo de Estado del año 2010 se venía dando aplicación integral a la Ley 33 de 1985, así como ordenando la inclusión de todos los factores de salario devengados por el educador en el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionado, o del retiro definitivo del servicio, aunque los mismos no estuvieran expresamente enlistados en esa norma; ello bajo la consideración que constituían salario según la definición que hiciera la Sala Plena de la Sección Segunda de esa Alta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010². Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la sentencia de 28 de agosto de 2018³ revaluó la tesis de la Sección Segunda; restringió el alcance del concepto de salario y sentó unas reglas jurisprudenciales en las que no mencionó de manera expresa a los docentes del sector público.

Posteriormente, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019⁴, el Consejo de Estado hizo el estudio detallado del tema pensional de los docentes del sector oficial, recordando que no tienen un régimen pensional especial, no hacen parte del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, y estableció unas reglas para la liquidación de la pensión de jubilación de los maestros de acuerdo a la fecha de ingreso al servicio educativo oficial, de la siguiente manera:

“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:

1 “ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”

2 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila.

3 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, Radicado 2012 00143 01.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, Radicación Interna: 0935-2017.

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 1º 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.”

El Consejo de Estado en su función de unificar la jurisprudencia, ha sido enfático en señalar que para la liquidación de las pensiones solo deben incluirse los factores de salario sobre los que se haya realizado el respectivo aporte o cotización al sistema de pensiones, argumento que tiene reforzamiento constitucional, esto es, en las disposiciones del artículo 48 de la Carta Política, modificado por el Acto legislativo 01 de 2005.

Advirtiendo, además, que las reglas de unificación descritas son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, lo que en concordancia con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2001, impone a los jueces el acatamiento de la citada sentencia.

QUINTA.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Aterrizando al caso objeto de examen, se observa que la pensión de jubilación del demandante se reconoció teniendo en cuenta como periodo liquidable el último año de servicios anterior al estatus de pensionado, con una tasa de reemplazo del 75 %, como lo establece la Ley 33 de 1985. Sobre estos aspectos no existe controversia.

Asimismo, del contenido del acto administrativo enjuiciado, se extrae que la entidad demandada tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación los factores salariales sobre los cuales se realizaron las cotizaciones, situación que se verificó por parte de la entidad, con base en certificación expedida por la entidad territorial, documento que fue allegado en sede administrativa para el trámite del reconocimiento pensional, sin que haya prueba que demuestre la inconformidad por parte del señor Jairo Ojeda Ojeda.

En tal sentido, para esta autoridad judicial, la entidad demandada liquidó la pensión de jubilación del actor conforme el mandato de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, incluyendo los factores sobre los cuales se realizaron cotizaciones, en consonancia con las reglas de unificación del Consejo de Estado, y en tal sentido, el acto administrativo enjuiciado goza de presunción de legalidad.

Hay que señalar que no se acreditó por la parte accionante, la existencia de factores adicionales sobre los cuales se hubiera descontado el valor de la cotización para pensión, que hicieran procedente la solicitud de reliquidación de la pensión del actor, resaltando que conforme la jurisprudencia de unificación a la cual se ha hecho mención, no es procedente la inclusión en la liquidación de la prestación la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, como fue solicitado en la demanda, puesto que se reitera, debe realizarse únicamente sobre los factores sobre los cuales se realizó cotización.

De manera, que, para este Despacho no prosperan las pretensiones de la demanda.

3.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y

SENTENCIA NREDE núm. de 28 de julio de 2020
EXPEDIENTE 19001333300820180022100
ACTORA JAIRO OJEDA OJEDA
DEMANDADA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso. Sin embargo, el Despacho se abstendrá de condenar en costas dado que el cambio del criterio jurisprudencial sobre la reliquidación pensional de los docentes oficiales se presentó encontrándose en curso el presente asunto.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva” y probada la excepción de “Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley” formuladas por la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

QUINTO: Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

La Jueza,



ZULDERY RIVERA ANGULO
ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9adac3d7d4e641f54eeb42008ab2ecd9ef46852e2a2b21c1c4f9538374a01d99

Documento generado en 28/07/2020 08:46:49 a.m.