



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-009-2013-00272-01  
**DEMANDANTE:** MANUEL WILFRIDO MENDOZA  
SANTAMARÍA  
**DEMANDADA:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
NACIONAL - FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
**NATURALEZA:** NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada –DEPARTAMENTO DE SUCRE-, contra la sentencia del 18 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se ordenó el reconocimiento y reliquidación de la pensión del demandante.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>.

El señor **MANUEL WILFRIDO MENDOZA SANTAMARÍA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”**, con el fin de que

---

<sup>1</sup> Folio 2-3 Cuaderno de primera instancia.

se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0478 de julio 30 de 2010 y la Resolución No 0807 de octubre 15 de 2010, expedida por la entidad demandada y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a reconocer la pensión de jubilación como docente nacionalizado, con el 75% del último salario devengado.

De igual manera, solicitó el pago del retroactivo pensional, la mesada 14, la diferencia salarial y las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y el cumplimiento al fallo, dentro del término del artículo 192 del C.P.A.C.A.

### **1.2 Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:**

El señor **MANUEL WILFRIDO MENDOZA SANTAMARÍA**, laboró como docente nacionalizado en la Institución San Juan Bautista de Betulia – Sucre, durante diecinueve (19) años, un (1) mes y (12) doce días, período laboral que inició 12 de febrero de 1973; posteriormente, fue vinculado al Departamento de Sucre en provisionalidad, desde el 13 de abril de 2004, hasta el 30 de abril de 2005, completando así veinte (20) años y un (1) mes de servicios cotizados.

Indicó, el haber presentado solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, la cual, en varias oportunidades no le fue aprobada, porque para la Fiduprevisora S.A., la prestación social debía ser tramitada en los extremos de la Ley 100 de 1993, dado que el señor Mendoza Santamaría, fue vinculado finalmente al magisterio en el año 2004, hasta el 2005, por lo que debía esperar hasta el 26 de octubre de 2009, para cumplir la edad y dar aplicación a la Ley 812 de 2003, párrafo segundo.

Mediante Resolución No. 0487 de julio 30 de 2010, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en representación

---

<sup>2</sup> Ver folios 3-8, del cuaderno de primera instancia.

del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, se reconoció pensión de jubilación, al señor **MANUEL MENDOZA SANTAMARÍA**; sin embargo, no se tuvo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989, en aplicación al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual lo cobijaba; puesto que antes de la entrada en vigencia de esta ley, había laborado más de 19 años, como docente nacionalizado en el Departamento.

Posterior a ello, se presentó recurso de reposición, para que se modificara el acto acusado, el cual fue confirmado por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante Resolución No. 0807 de 2010.

Aduce como normas infringidas: Art. 53 de la C.P; Ley 33 de 1985; el Art. 36 de la Ley 100 de 1993; Ley 60 de 1993; Ley 115 de 1994 y el Acto legislativo 01 de 2005.

### **1.3. Contestación de la demanda.**

- **DEPARTAMENTO DE SUCRE**<sup>3</sup>. El ente territorial demandado, se opone a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos manifiesta, que en su mayoría son ciertos. A su vez, como argumento de defensa, invoca la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, atendiendo a que la Secretaría de Educación Departamental, obra en representación del FOMAG.

- **Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio "FOMAG"**<sup>4</sup>. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad. Señaló, que la pretensión del actor, no está

---

<sup>3</sup> Folios 94-96 del Cuad. de 1ra Inst.

<sup>4</sup> Folios 110-122 del Cuad. de 1ra Inst.

ajustada a derecho, toda vez que como se estableció en la resolución demandada, le es aplicable la Ley 100 de 1993.

Afirmó, que el docente laboró con el Departamento de Sucre, desde el 9 de marzo de 1973, hasta el 20 de abril de 1992, pero, posteriormente, hubo otra vinculación desde el día 13 de abril de 2004 hasta el día 30 de abril de 2005, de ahí que no le asista el derecho invocado, al pretender aplicar a su situación, la fecha de su primera vinculación que se dio por terminada en el año de 1992, sabiendo que posteriormente, ingresó con otra relación laboral en el año 2004 al 2005, tiempo en el cual obtuvo el status de pensionado y que define lo relacionado con su pensión.

Reafirma, que la prestación fue liquidada teniendo en cuenta, la actualización de los últimos 10 años de salarios con el IPC, para cada vigencia, reportados en el acto administrativo, por tratarse de una pensión de la Ley 100 de 1993, que en su Art. 34, indica el número de semanas que deben tenerse en cuenta para el efecto, obteniéndose a partir de tal norma, el Ingreso Base de Liquidación.

De igual forma, realiza un estudio jurídico-normativo de la mesada 14, para concluir, que el actor, adquirió el estatus de pensionado el 30 de julio de 2010, es decir, con posterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, lo que no da lugar a la reclamación de tal derecho.

Presentó como excepciones, la denominada inexistencia del derecho, por errónea interpretación normativa, buena fe, pago, falta de competencia, y prescripción.

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>5</sup>.**

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el día 18 de septiembre de 2015, accedió a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad parcial de los actos acusados, a más de ordenar y reconocer la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, con un porcentaje del 75% del salario promedio devengado, durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales, percibidos a partir de la fecha en que adquirió el status de pensionado, esto es, el día 26 de octubre de 2007, al igual que el retroactivo pensional de los años 2007 y 2008.

Como argumentos de su decisión, el A quo consideró, que el demandante es beneficiario del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitiéndole pensionarse bajo el sistema pensional anterior, contemplado en la Ley 33 de 1985, puesto que, resulta más favorable y beneficiosa para el actor, debiéndose reliquidar en un porcentaje del 75% del salario promedio del último año de servicio, incluidos todos los factores salariales.

Así mismo, consideró, no compartir la interpretación realizada por la entidad demandada, en cuanto, *"el actor pretende dar por iniciada la fecha de su primera vinculación para el reconocimiento pensional, adquiriendo su status en vigencia de la ley 100 de 1993, cuestión que para el Despacho desconoce los principios de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa para el trabajador, establecidos en la Constitución Política en su art. 53"*.

Por tal motivo, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

---

<sup>5</sup> Ver folios 192-199 del cuaderno de primera instancia.

### **1.5.- El recurso.**

Se anota que si bien el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, el mismo fue declarado desierto por su inasistencia a la audiencia de conciliación celebrada el día 17 de febrero de 2016<sup>6</sup>.

**.-Departamento de Sucre<sup>7</sup>:** Como argumento del recurso de alzada, alega el acaecimiento de la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que el único ente que debía ser condenado, era el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”.

Sostuvo, que el fallo de primera instancia, no abordó en estricto rigor, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al no ser estudiada en su condición de mérito, para con lo pretendido en el proceso.

### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

-. Mediante auto de 11 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –DEPARTAMENTO DE SUCRE-<sup>8</sup>.

-. En proveído de 12 de septiembre de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Folios 255-256, cuaderno de primera instancia.

<sup>7</sup> Folio 217, 225-227, cuaderno de primera instancia.

<sup>8</sup> Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folio 14, cuaderno de segunda instancia.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión de segunda instancia<sup>10</sup>, en los términos del libelo genitor.

La parte demandada y el agente del Ministerio Público, no se hicieron partícipes en esta etapa procesal.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.2. Problema Jurídico.**

De los extremos de la Litis, por demás ceñido al recurso interpuesto (arts. 320 y 328 del C. G. del P.), el problema jurídico, consiste en determinar:

¿Hay lugar a declarar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, invocada por la parte demandada –DEPARTAMENTO DE SUCRE-?

### **2.4.- Análisis de la Sala.**

El Consejo de Estado en providencia del 6 de agosto de 2012<sup>11</sup>, señaló:

*“la legitimación en la causa, corresponde a la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la*

---

<sup>10</sup> Folio 22 – 25, cuaderno de segunda instancia.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. C. P.: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 6 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01063-00(AC).

*relación jurídica sustancial. En otros términos, consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- y de hacerlo frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio. ... ha dicho esta Corporación<sup>12</sup>:*

*La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B. Cada uno de estos está legitimado de hecho.*

*La legitimación material en la causa alude, por regla general, a situación distinta cual es la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas.”.*

De conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, está a cargo de la Nación, las prestaciones sociales del personal docente Nacional o Nacionalizado, incluidas las pensiones de jubilación. Para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales, que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional –Art. 9 de la Ley 91 y Art. 56 de la Ley 962-. Luego entonces, como lo reclamado en la demanda, corresponde a una prestación a cargo de la Nación, cuyo pago corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es evidente que la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, representado en Sucre, por la Secretaría de Educación, es la llamada a responder a las peticiones del demandante.

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Expediente No.13.356. M. P. María Elena Giraldo Gómez.

En este sentido, el Consejo de Estado<sup>13</sup>, en providencia del 14 de febrero de 2013, expresó:

*“... no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petitionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”.*

Siendo así, es procedente la declaratoria de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la acción, con respecto al DEPARTAMENTO DE SUCRE, como quiera que en atención de lo antes referido, es el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”, quien debe reconocer y pagar la prestación social reclamada por el hoy accionante, de allí que se adicionará y modificará la decisión de primera instancia, en tal sentido.

Finalmente, no puede pasar por alto la Sala, que la sentencia de primera instancia, en su parte resolutive, numeral tercero, dispuso que se tuvieran en cuenta los factores “*devengados durante el último año de servicios, al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho de la pensión*”, lo cual riñe con lo que se ha venido anotando, esto es, que se debe tener en cuenta aquellos percibidos durante el último año de servicios, por lo que se hará la modificación respectiva, sin que esto

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Sub Sección “B”. C. P.: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 14 de febrero de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12).

implique afectación de la reformatio in pejus, en tanto, la decisión corresponde a la esencia misma de lo tratado.

### **3. CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia, como quiera que la decisión adoptada en este proveído, solo adiciona y modifica la decisión de primera instancia –Art. 365 C. G. del P.-.

### **4.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia de 18 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe, pago y falta de competencia, propuestas por la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”; así mismo, DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, invocada por la entidad demandada – DEPARTAMENTO DE SUCRE-”.*

**SEGUNDO: MODIFÍQUESE** el numeral tercero de la sentencia de 18 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual quedara del siguiente tenor:

*“TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, a título de restablecimiento del*

*derecho, reconocer y reliquidar la pensión de jubilación del señor MANUEL WILFRIDO MENDOZA SANTAMARÍA en un porcentaje del 75% del salario promedio, devengado durante el último año de servicio, al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho de la pensión, incluyendo, además, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, la cual deberá ser reajustada anualmente conforme el IPC.*

*También se reconocerá el retroactivo pensional de los años 2007 y 2008, pues, su pensión se hizo efectiva a partir del 26 de octubre de 2007”.*

**TERCERO:** Sin lugar a condena en costas de segunda instancia.

**CUARTO:** Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00113/2016

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CESAR ENRIQUE GOMEZ CARDENAS      SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**  
(Ausente con permiso)