



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, 08 de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-003-2017-00037-01
Demandante:	Nancy Guerrero Montiel
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Reliquidación de pensión / Factores salariales aplicables / Régimen de la Ley 33 de 1985 / Sentencia de unificación docentes*

1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019¹, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley² y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho³.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

² Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

³ Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: La señora, Nancy Guerrero Montiel por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicita la nulidad de la Resolución No. 0090 de 13 de abril de 2012⁵, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor de la demandante, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada.

Así mismo, solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, producido por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 13 de mayo de 2016, en la cual se pide la reliquidación pensional a favor de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación por ajuste de diferencia de factores salariales a la señora Nancy Guerrero Montiel con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición de su estatus de pensionada en la cuantía que asciende a la suma de \$2.722.23.93 efectiva a partir del 28/10/2011.

2.2. Hechos relevantes⁶: La señora Nancy Guerrero Montiel, manifiesta que laboró al servicio del Estado como docente de carácter y vinculación Nacionalizada de forma ininterrumpida en las fechas 12 de marzo de 1979 al 28 de octubre de 2011 en el municipio de Sincelejo.

La actora fue pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución N° 0090 de 17 de abril de 2012, en cuantía de (\$2.036.102.00) M/L, a partir del 19 de octubre de 2011.

Afirma que fue agotada la vía gubernativa, como quiera que elevó solicitud de reliquidación pensional en fecha 13 de mayo de 2016, la cual no fue constada,

⁴ Fl. 2-3 C. Ppal.

⁵ Folio 13-15 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo.

⁶ Fl. 3 C. Ppal.

configurándose el silencio negativo. Así mismo, solicitó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 44 Judicial II Administrativa de Sincelejo, cuya diligencia se llevó a cabo el día 10 de noviembre de 2016, declarándose fallida.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 8 de febrero de 2017⁷, siendo admitida a través de auto calendarado 10 de marzo de 2017⁸. El 31 de mayo de 2017⁹, fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la audiencia inicial se celebró el 13 de marzo de 2018¹⁰, se surtieron las etapas procesales, prescindió de la audiencia de pruebas y corrió traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada¹¹: La entidad demandada contestó de forma oportuna, manifestando en cuanto a los hechos que sobre el primero, le parece cierto, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente y en cuanto a los hechos 1, 2, 3, 4 y 5, parecen ciertos de acuerdo a los documentos que obran en el expediente y sobre el 6 hechos, no lo afirma ni lo niega, se atiene a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, se oponen a todas y cada una de ellas, aduciendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Proponiendo como excepciones en la contestación de la demanda la de ineptitud de la demanda; no agotamiento vía gubernativa; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción; falta de legitimidad en la causa por pasiva; compensación; excepción genérica o innominada.

Como fundamentos de derecho arguye que la entidad actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los

⁷ Fl. 29 del C. Ppal

⁸ Fl. 31 C. Ppal

⁹ Fl. 36-39 C. Ppal

¹⁰ Fls. 79 al 85 C. Ppal.

¹¹ Folio 46 al 60 del C. Ppal

parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Expuso que la pretensión de la demandante no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

Manifestó que al acreditar los supuestos señalados en el art. 1º de la Ley 33 de 1985, a saber: 20 años de servicio y 55 años de edad, procedió a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación, como consta en la Resolución No. 0090 de 13 de abril de 2012, expresando en la contestación de la demanda que ese acto administrativo es contrario a derecho, razón suficiente por la que no tuvo en cuenta los factores salariales aludidos por la demandante.

Expresó que la discrepancia de la actora radica en que la entidad no tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la causación del status, los cuales debieron ser incluidos, por lo tanto impetra se reliquide su pensión lo que en su criterio ese acto administrativo es contrario a derecho, razón suficiente para no tener en cuenta los factores salariales aludidos por la demandante.

Sobre este particular trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, entre ellas una de la Sección Segunda con ponencia de la doctora Berta Ramírez de Páez Radiado bajo el N° 250002325000304619-01, en la que se señala el tiempo, la edad y los factores salariales a aplicar al momento de determinar la base de liquidación de los aportes.

Expresó que en el tema objeto de debate con factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985 en su artículo 3º.

Indicó que para el caso de los docentes, el artículo 15 de la ley 91 de 1989 previó que para efecto de prestaciones económicas y sociales, los docentes que a 31 de diciembre de 1989 estuvieran vinculados, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial.

Puntualizó que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011 y la parte actora no acredita que estos hayan sido expedidos con alguna de las causales de anulación

Finalizó concluyendo que por todo lo expuesto, la demanda no está llamada a prosperar y solicitó que con base en sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones en el evento de ser condenados, se determine la actualización a valor presente (calculó actuarial) del pago que debe realizar la docente, por los factores sobre los cuales nunca se cotizó durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado que en sentencia del 19 de febrero de 2015 No. Interno: 2328-2013, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Contestación de las excepciones¹²:

- **Excepción previa de inepta demanda:** Le parece absurdo lo dicho por la apoderada de la parte demandada, como quiera que en el acápite de las pretensiones aparecen dos actos administrativos cuya nulidad se solicita, esto es, la resolución que le reconoció la pensión de jubilación a la actora y la del Acto Ficto O Presunto, ocasionado por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de Petición enviado el día 25/05/2016.

- **Excepción de agotamiento de la vía gubernativa:** Esta excepción carece de fundamento, toda vez que la actora a través del derecho de petición solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación. Por ende se tiene agotada la vía gubernativa de conformidad a lo preceptuado con la normatividad contenciosa administrativa y el artículo 23 de la Carta Política del 1991. Así mismo antes de acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa para hacer valer su derecho, solicitó previa conciliación prejudicial, que no es obligatorio de conformidad con la misma normatividad contenciosa.

- **Excepción de mérito, inexistencia de la obligación:** Frente al tema hay que señalar que la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado Sección segunda- Subsecciones A y E., presentaba posiciones disímiles sobre los factores que servían de base para a realizar la liquidación de los empleados oficiales, diferencias estas que se resolvieron en la sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez y en sentencia de 4 de Agosto de 2010 exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la ley 62 de 1985 son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa.

- **Excepción de cobro de lo no debido:** Con fundamentos en la violación de las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que la administración hizo al momento de proferir los actos administrativo que le reconoció la pensión de jubilación, dejando por fuera factores salariales devengados por la actora.

- **Excepción de prescripción:** El artículo 489 y 488 del C.S.T. y S.S, establece: “*Interrupción de la prescripción:- el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente*

¹² Fls. 66-72 C. Ppal.

determinado interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente". Por lo anterior la prescripción opera parcialmente sobre las mesadas a partir del reclamo que hizo los empleados de dicha prestación.

- **Excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva:**

La entidad demandada está legitimada para responder por la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, pues ante esta entidad se formuló el derecho de petición sobre la reliquidación de la pensión de la actora. En segundo lugar el Fono de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 91 de 1989, es una cuenta especial de la Nación que no tiene personería jurídica. Indicó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S. A., como sociedad encargada de administrar dicho patrimonio autónomo, son los encargados de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes sometidos al régimen de excepción de la ley arriba mencionada. Destacó que una de las finalidades del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el pago de las prestaciones sociales de los docentes, de conformidad con el artículo 5 ibídem. En tercer lugar que la Secretaría de Educación carece de legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto, toca vez que corresponde a la Fiduprevisora S. A., atendiendo lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 del mismo año, pronunciarse respecto a la aprobación de los actos administrativos que consignent algún reconocimiento pensional.

- **Excepción de compensación:** Son ilegales los actos acusados de nulidad, en consecuencia, se deberán realizar las respectivas deducciones para salud sobre aquellos factores salariales que se incluyan para su respectiva reliquidación.

- **Excepción genérica o innominada:** De acuerdo a lo anteriormente expuesto considero señor Juez, que por los argumentos expuestos anteriormente estas excepciones no deben de prosperar, ya que constitucional, legal y jurisprudencialmente ha habido argumento no solo de los jueces, magistrados de los tribunales administrativo y la alta corte Consejo de Estado que las pensiones deben ser liquidada con todos los factores salariales devengado por el pensionado en el último año en que adquirió su status de pensionado.

2.6. Alegatos de conclusión¹³: En término, el apoderado de la parte demandante presentó el siguiente concepto de violación, alegando que el artículo 137 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue vulnerado, en razón a que los actos acusados de nulidad violan normas constitucionales y legales, entre otros, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, Ley 4 de 1966, Ley 6 de 1945, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003.

Destaca que, de acuerdo al marco normativo antes señalado, la actora ostenta la calidad de docente nacionalizada, desde el 12 de marzo de 1979, por lo que el régimen aplicable en materia de pensión de jubilación el previsto en la Ley 91 de 1989, quedando sometida al régimen prestacional vigente en el ente Departamental siendo la Ley 33 de 1985. Así mismo, señala que la tesis a aplicar es la establecida en la

¹³ Fls. 87-92 C. Ppal.

sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. N°. 0112-09, Consejero Ponente, Dr. Víctor Alvarado Ardila, en el que concluyó el Consejo de Estado que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa.

Finalmente, expresa que la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora debe reconocerse en porcentaje del 75 % del promedio de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicio de conformidad con los certificados aportados en las pruebas.

Respecto a la excepción de prescripción, adujo taxativamente que: “*señora juez esta debe operar parcialmente a partir de la fecha en que la actora elevo la solicitud de reliquidación.*”

- ***En auto de mejor proveer*** de fecha 27 de abril de 2018¹⁴, la juez de primera instancia, de oficio, resolvió oficiar a la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, en un término máximo de 5 días, remitir el certificado laboral de tiempo de servicio y el certificado de salario del último año de servicio, en caso de retiro definitivo, en caso contrario, la expedición del certificado de salario de los años 2010 y 2011 de la accionante. En consecuencia, el 30 de julio de 2018¹⁵, se recibió el Certificado de la Historia Laboral de la señora Nancy del Socorro Guerrero Montiel y el Certificado de Salarios de la misma, correspondiente a los años 2016, 2017 y 2018.

2.7. Sentencia recurrida¹⁶: El Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante como quiera que, si bien la actora ingresó al servicio público educativo en el año 1977, esto es, antes de la Ley 812 de 2003, y adquirió el estatus de pensionada el 29 de octubre de 2011, no logró probar cuales fueron los factores salariales que la entidad demandada, no le incluyó al momento de reconocer su derecho pensional, puesto que al proceso no se arrimó el certificado de salarios correspondiente al periodo 2010-2011, toda vez que, de acuerdo a las pretensiones, este el periodo objeto de la acción.

Señala que, los factores no pueden tomarse del certificado obrante a folios 25-24 y 104-105, puesto que corresponden a los años 2014, 2015 2016, 2017 y 2018,

¹⁴ Fls. 95 C. Ppal.

¹⁵ Fls. 102-105 C. Ppal.

¹⁶ Fls. 107-119 C. Ppal.

contrario sensu, a la pretensión de reliquidación por estatus y no por último año de servicios, delimitada en la audiencia inicial. Así las cosas, de acuerdo a la regla del *onus probandi*, le corresponde a la actora asumir la carga de la reconstrucción probatoria de los hechos en que se fundamenta el derecho perseguido.

De igual manera, expresa que, aun con el esfuerzo oficioso del juzgado no se pudo establecer el nexo causal entre lo pedido, las pruebas y los hechos de la demanda. Por lo anterior, citó la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, con Número de Radicación 88001-33-000-2015-00027-01 (AC), C.P. María Claudia Rojas L.

Finalmente, concluye que al no probar la parte actora la hipótesis sobre la cual fundamentó la pretensión de nulidad, esto es, que adicional a la asignación básica, prima de vacaciones y la prima de navidad, devengó otros factores salariales en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus de pensionada que no se incluyeron en el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación, reconocida en la Resolución N° 0090 de 13 de abril de 2012, no le quedó al juez de instancia, otra alternativa que negar las pretensiones de la demanda.

2.8. El recurso de apelación¹⁷: El recurso de alzada se sustenta en que lo que se debate a juicio de la actora es el reconocimiento o no de factores salariales que devengaba la demandante en el “*último año de servicio de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado.*”

Así mismo, manifiesta de forma específica que: “*Cuando la actora solicita que la reliquidación de su pensión de jubilación por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio a la adquisición de su status de pensionada conforme a la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 de la misma anualidad y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado de fecha Agosto de 2010, lo hace con la finalidad que la entidad que reconoció la pensión de jubilación dejó por fuera los factores SALARIALES **BONIFICACIÓN MENSUAL- PRIMA DE SERVICIO, tal como deja manifestado en el hecho SEXTO del libero demandatario.***”

Por la anterior, reitera las consideraciones expuestas en los alegatos de conclusión y además, expone que la prueba documental fue incorporada de manera regular y

¹⁷ Fls. 125 al 133 C. Ppal

oportuna al proceso, permitiéndole concluir el derecho que tiene la señora Guerrero Montiel conforme a las normas antes mencionadas. Así mismo, señala que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, está constituido según las la jurisprudencia del Consejo de Estado, sentencia del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez.

Por último, expresa que de conformidad con el marco interpretativo, y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, debe evaluarse los factores devengados en el último año de servicio, correspondiente al periodo comprendido entre el 17 de julio de 2018 y 17 de julio de 2017, conclusión que se desprende de la Resolución N° 3685 de 2018, por medio del cual se acepta la renuncia a la señora NANCY DEL SOCORRO GUERRERO MONTIEL.

2.9. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 16 de noviembre de 2018¹⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 2 de julio de 2019¹⁹, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.10. Alegatos de conclusión:

La parte demandante: se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

La parte demandada: se abstuvo de presentar sus alegatos de conclusión.

Concepto del Ministerio Público²⁰: el delegado del Ministerio Público ante esta Colegiatura, sugiere expresa que según las pruebas aportadas, encuentra que la actora, señora Nancy del Socorro Guerrero Montiel, se vinculó como docente desde el 01 de septiembre de 1977, es decir, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que la cobijan las Leyes 33 y 62 de 1985.

Con respecto a la carga de la prueba, acoge las consideraciones del Juez de Primera Instancia, es decir, que le correspondería a la parte demandante desvirtuar la falta de coherencia normativa del acto demandado, que permita la anulación del mismo.

¹⁸ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁹ Fl. 8 del C. Alzada

²⁰ Fls. 12- 21 del C. Alzada

Sustenta sus afirmaciones en las sentencias de la Corte Constitucional C-086 de 2016, C-279 de 2013, C-1512 de 2000, entre otras.

Señala que el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento de unificación, sentencia de 28 de agosto de 2018, Exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, varió su criterio acerca de la inclusión de factores salariales en el IBL pensional para aquellas personas que regían por la Ley 33 de 1985.

La anterior interpretación está ceñida a las personas que se encuentran dentro del régimen de transición dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no aplicable a los maestros, pero expresa disposición de la misma norma, por ello, considera que el criterio del fallo de unificación expresado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, C. P. Víctor Hernando Alvarado, es todavía fundamento para considerar el reconocimiento y reliquidación de las prestaciones de los docentes, pues, la nueva tesis sólo abarcó a las personas y supuestos indicadores en la misma sentencia transcrita, que en toda caso excluye a los educadores.

Sin embargo, la segunda subregla de la sentencia de agosto 28 de 2018, fue retomada en la reciente sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, C.P. Dr. Cesar Palomino Cortés, que trató este tema. Bajo esta sentencia y los certificados anexados, a la demandante sólo debió considerársele dentro de su IBL pensional la Asignación Básica Mensual. Por consiguiente solicita se confirme la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante se resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que, la pretensión principal corresponde la reliquidación pensional conforme al último año de servicio, más no al último anterior a la causación del status de pensionada, conforme a las previsiones contempladas en la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, entre otros.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante el problema jurídico a resolver, consiste en determinar si en las pretensiones de la demanda, el demandante solicita la reliquidación de su pensión con base en los factores devengados en el último año de servicios anterior al status o en el último año de servicios, tal como lo plantea el abogado en la apelación y si se supera ese punto, se abordará si tiene derecho a lo pretendido.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El régimen pensional docente, ii) La sentencia de Unificación de abril 25 de 2019 sobre los factores a considerar al momento de liquidar la pensión y, iii) Caso concreto.

3.2. Régimen pensional docente: En virtud del proceso de nacionalización la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales, la predicha Ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente:

“Artículo 15º.- 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: Ver art. 6, Ley 60 de 1993.

*1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Ver **Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil***

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. (Subrayado fuera de texto)

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria

de jubilación, aún en el evento de estar está a cargo total o parcial de la Nación.
Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

A. 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. **Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.**

B.

Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

"Artículo 18º.- Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo.

Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".

Parágrafo 1º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.

Parágrafo 2º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de

servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Radicación 479 de 1992. Sala de Consulta y Servicio Civil.

De lo anterior se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión; y que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, dicha ley señala:

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

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al siguiente tenor:

“ARTICULO 279. EXCEPCIONES. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

(...)”.

Luego la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

A su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece el nuevo Régimen prestacional de los docentes oficiales señalando:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. 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.”

Igualmente, el párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones”. (subrayado fuera del texto original)

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la

Ley 91 de 1989, debido a que la señora Nancy Guerrero Montiel fue nombrado como docente en la Institución Educativa Antonio Lenis de Sincelejo, y viene prestando sus servicios como educadora desde el 12 de marzo de 1979²¹; es decir, por lo tanto le es aplicable la Ley 33 de 1985, por ser esta la que cobija a los empleados del sector público sin distinción alguna.

Ahora bien, la predicha Ley dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, norma esta que fue modificada por la Ley 62 la cual en su artículo 1º señala:

***Artículo 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

“(…) valga anotar, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en caso de no haberse cotizado sobre factores que deban ser tenido en cuenta, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.

Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales

²¹ De acuerdo la Resolución N°. 0090 de 2012, visible a folios 13 -15.

que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera cotizado, se ordene realizar los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

Es pertinente aclarar, que respecto del Ingreso Base de Liquidación previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es posible su aplicación a los docentes por dos razones:

- La primera, por cuanto este es aplicable a aquellos servidores que pertenezcan al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y
- En segundo lugar, debido a que fue la misma Ley en su artículo 279, la que excluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social de la precitada ley 100.

3.3. Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019²² del 25 de abril de 2019, varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esa Corporación en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluirán todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Señaló la alta Corporación que debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la sub regla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

Expresó que en dicha sentencia de unificación la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, en un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto la Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta, para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla, la cual se transcribe in extenso:

3.3.1. Pensión Ordinaria de Jubilación de los Servidores Públicos del orden Nacional previsto en la ley 33 de 1985:

“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 los factores 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.

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, **están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993** que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El

ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, **tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993** que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (negrillas del despacho)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”.*

3.3.2 Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

“68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años²³. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de

²³ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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”.

Para aclarar el Régimen Pensional de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, el Tribunal Rector de lo contencioso administrativo realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL			
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85%²⁴ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada 	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario

²⁴ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

	nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)		<ul style="list-style-type: none"> ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna <p>(Decreto 1158 de 1994)</p>
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes:

De todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

*“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, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

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”.

En otra arista, antes de resolver el caso concreto es menester señalar que la entidad demandada en el recurso de apelación solicita que en el evento de no accederse a su petición de revocatoria de la sentencia se de aplicación al principio de la no reformatio in pejus.

Pues bien El artículo 328 del Código General del Proceso, señala:

“Artículo 328. Competencia del superior. *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

(...)

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella”.

De lo anterior se colige que cuando se trata de apelante único, le está vedado al Juez pronunciarse sobre aquellas situaciones que no le fueron plateadas en el recurso, debido a que se entiende que el apelante solo impugna la providencia en lo que le sea desfavorable, y su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el recurrente²⁵.

No obstante, el Consejo de Estado ha expresado en reiterados pronunciamientos que este derecho no es absoluto, y que existen algunas excepciones ya que de manera excepcionalísima, el superior cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no haya sido objeto del recurso de apelación²⁶.

²⁵ Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C. P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155); así mismo en sentencia de la Sección Segunda Subsección B. C. P: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01250-01(AC); Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264).

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 0090 de 13 de abril de 2012 a través de la cual la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a un docente Nacionalizada y frente a la cual, se estableció en su parte resolutive (artículo cuarto) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar el citado acto administrativo.

Como restablecimiento del derecho impetra se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados, tal como el equivalente al 75% del salario con todos los factores salariales acreditados²⁷, lo cual no es aceptado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en razón a que a su juicio tal afirmación carece de sustento factico y jurídico²⁸.

El A quo negó las pretensiones, señalando que la prueba aportada por la accionante no corresponde con las pretensiones de la demanda. De conformidad con la regla del *onus probandi*, al actor le correspondía asumir la carga de la reconstrucción probatoria de los hechos en que se fundamenta el derecho perseguido, en este caso, lo es, los factores salariales **devengados en el año anterior a la causación del estatus de pensionada**, correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de octubre de 2010 a 29 de octubre de 2011. Sin embargo, los certificados anexos al expediente corresponden a los años 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, que en nada tienen que ver con lo pedido en la demanda.

Lo anterior no fue subsanado en los momentos procesales idóneos, ni siquiera, con las facultades oficiosas del juez de primera instancia, que requirió a la entidad demandada para que expidiera el certificado correspondiente a los años 2010-2011, o en su defecto, el certificado de salario del último año de servicio, en caso de retiro definitivo.

Ahora bien, en el recurso de apelación, la accionante alega que sus pretensiones van encaminadas a que la entidad que reconoció la pensión de jubilación dejó por fuera los factores salariales de Bonificación Mensual y Prima de Servicio. Así como que el debate se circunscribe en determinar si **“la entidad demandada al momento de reconocerle la pensión de jubilación a la actora, dejó por fuera**

²⁷ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 2.

²⁸ De acuerdo con lo expuesto en la contestación de la demanda visible a folio 46 a 60.

algunos factores salariales que devengaba la demandante en el último año de servicio de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado". Por ello, adjuntó al recurso de apelación, la Resolución N° 3685 de 2018, acto mediante el cual, se le aceptó la renuncia a la señora Guerrero Montiel.

Así las cosas, encuentra esta colegiatura que las pretensiones de la demanda, difieren de la pretensión expuesta en el recurso de apelación, como quiera que resulta claro que existe diferencia entre la inclusión de todos los factores salariales ***devengados en el último año de servicio*** anterior a la adquisición de su status de pensionada y la inclusión de factores salariales ***devengados en el último año de servicio***.

Lo anterior puede constatarse, a partir de los certificados anexos a la demanda, y que corresponden a diferentes años de servicio, pero que no concuerdan con las pretensiones de la demanda y que, en el recurso de alzada la parte demandante pretende modificar la causa petendi, vulnerado el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada, afirmación que se desprende del hecho tercero de la demanda, donde de manera literal, expresa la actora que: "*3. La señora NANCY DEL SOCORRO GUERRERO MONTIEL, inconforme con el valor de su mesada pensional de su pensión de Jubilación, elevó solicitud de reliquidación de su pensión de Vejez Por Ajuste de Diferencia de factores Salariales mediante derecho de Petición de fecha 13 de mayo de 2016 y enviado por correo Envía Según Guía No. No. 25/05/2016 y recibido el día 26/05/2016, a través del cual le fue solicitada por la actora la reliquidación de la Pensión de Jubilación por Ajustes de Diferencia de factores Salariales la, **por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionada, sin que hasta la presente se hubiese resultado configurándose el silencio negativo y por ende agotada la vía gubernativa.**"²⁹ (Subrayado nuestro)*

Al respecto, ha considerado el H. Consejo de Estado que: "*La competencia del juez en segunda instancia se circunscribe a examinar lo impugnado en el recurso, siempre y cuando implique abordar el análisis de las circunstancias fácticas inicialmente fijadas en el litigio, so pena de vulnerar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que exige consonancia entre la sentencia y lo invocado en los hechos y las pretensiones de la*

²⁹ Fl. 3 C. Ppal.

demanda, además de las excepciones que hubiere planteado la contraparte. Lo anterior implica que cuando se efectúen pronunciamientos sobre eventos futuros que no fueron planteados en líbello introductorio habrá extralimitación en las facultades de la autoridad judicial porque no está dentro de su órbita funcional motivar su decisión sobre un objeto diferente al originariamente invocado”³⁰

Pues bien, se observa que lo pretendido por la actora en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, y que posteriormente, en el recurso de apelación, su abogado solicita la reliquidación pensional a partir del último año de servicio, tal como se evidencia de la transcripción literal de sus pretensiones:

“PRETENSIONES

PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la resolución N° 0090 de fecha 13/04/2012 que le reconoció la pensión de jubilación a la demandante señora MANCY DEL SOCORRO GUERRERO MONTIEL, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último a la adquisición de su status de pensionada.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad del Acto Ficto o Presunto, producido por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 13 de mayo de 2016 y enviada por correo de Envía según Guía N° 25/05/2016 y recibido el día 25/05/2016, a través del cual le fue solicitado por la actora la reliquidación de la pensión de Jubilación por ajustes de diferencia de factores salariales la, (sic) por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada.

TERCERA.- como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad convocada (...) con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionada....”

Pretensiones que son congruentes³¹ con la petición formulada el 13 de mayo de 2016 (Fls 16 a 22), que fue del siguiente tenor literal:

“PETICIONES

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de junio de 2018, exp. 05001-23-31-000-2006-02589-01(37646), CP: Ramiro Pazos Guerrero.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, exp. 05001-23-31-000-2011-01297-01(2272-15), CP: William Hernández Gómez.

“Al respecto, la jurisprudencia ha señalado de manera clara, que en sede judicial no pueden cambiarse o agregarse nuevas peticiones a las expuestas ante la administración, precisamente porque en la vía administrativa es donde se le solicita a la entidad una decisión sobre una pretensión específica y la entidad solo tiene la posibilidad de pronunciarse sobre ésta, sin que le sea dable pronunciarse sobre aquellas que desconoce.

Así, debe existir congruencia entre lo pedido en sede administrativa y lo que se solicita en la demanda, lo contrario desconocería la naturaleza y el objeto mismo del agotamiento de la vía gubernativa”

1.- Se le haga el ajuste por Diferencias de factores salariales de la pensión vitalicia de jubilación DERECHO, por no habersele incluidos (sic) el promedio real de todos los factores salariales devengados por el peticionario en el último año de servicio a la adquisición de su status de pensionado a mi mandante señora NANCY DEL SOCORRO GUERRERO MONTIEL tomando como base los factores salariales (ASIGNACIÓN BÁSICA – BONIFICACIÓN MENSUAL – PRIMA DE NAVIDAD – PRIMA DE SERVICIO – PRIMA DE VACACIONES), en razón que al momento de adquirió (sic) dicho status de pensionado en LOS AÑOS 2011 no le fue liquidada o ajustada con el promedio mensual devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de dicho status,..."

Al respecto, es oportuno señalar que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primera instancia y en esas condiciones la confirme, la revoque o la reforme y no que los demandantes adicionen o modifiquen sus demandas y de esa forma sorprender a su contraparte con nuevos cargos respecto de los cuales no tuvo oportunidad de defenderse ni solicitar o aportar pruebas.

Por razón de lo anterior, la Sala tendrá en cuenta únicamente lo solicitado en la demanda, a efectos de estudiar si la docente tiene derecho a la reliquidación de su pensión, con base en lo devengado en el último año de servicios anterior a la adquisición de su status, pues tal como lo expresó el Alto Tribunal Contencioso en la providencia previamente transcrita, que el juez de segunda instancia, como es el caso de esta colegiatura, no puede decidir sobre pretensiones y hechos diferentes a los planteados con anterioridad en la demanda y en la sentencia de primer grado, y de los cuales pudieron haberse pronunciado las partes implicadas. Es decir, no se puede decidir sobre esta nueva pretensión propuesta en el recurso de alzada, ya que de hacerlo, este Tribunal estaría modificando la causa petendi y en consecuencia, vulnerando los principios de congruencia, de contradicción y defensa.

Entonces, al revisar el dossier, claramente se establece cual es la pretensión primigenia y con respecto a ella, no se encontró prueba de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la causación del estatus de pensionada, esto es, años 2010-2011; únicamente se adjuntaron los de su último año de servicios³² y pese a que la juez de instancia intentó localizarlos, dicha carga estaba en cabeza del demandante, al respecto resulta ilustrativo reseñar que la carga probatoria u onus probandi, proviene del derecho civil clásico (Artículo 1757 del CC), a saber:

a.-) Onus probandi incumbit actori: el actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte a su pretensión.

³² Folios 24 y 25 y 104-105

b.-) Reus, in exipiendo, fit actor: el demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa.

c.-) Actore non portante, reus absolvitur: el demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, este se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa

De la anterior dogmática, se extracta a no dudar, que el riesgo de no probar un hecho, no es otro que el fracaso de la pretensión; es decir, la parte activa o pasiva con su incuria o negligencia sólo puede provocar su propio daño y en el caso concreto que nos ocupa, las pretensiones se formulan en un sentido y las pruebas documentales presentadas no coinciden con aquellas.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativos que reconoció la pensión de la demandante y la petición de restablecimiento, encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengado por la actora en su último año de servicios anterior al status, pero no presentó prueba que permitiera verificar el pago de dichos factores, resulta coherente y acertada la motivación y decisión del juez de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda; y respecto al recurso de alzada, en donde la parte actora modificó el sentido de la pretensión de la demanda, encuentra esta colegiatura que es imposible decidir sobre esas nuevas pretensiones; en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada y por ello, se niegan las pretensiones de la demanda.

3.4. Condena en costas: En relación con la condena en costas y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por apoderamiento dentro del proceso, este Tribunal considera que la normativa que la regula deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas y para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación.

En la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³³, se afirmó que:

“ a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

³³ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 76001-23-33-000-2013-00042-01 (3300-14)

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

De conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Tribunal que estamos frente a una actuación procesal de la parte vencida que amerita la imposición de costas, pues la conducta desplegada por el demandante afecta la recta y adecuada administración de justicia al provocar congestión, teniendo en cuenta que la apelación que se presentó, si bien controvierte los argumentos del juez de primera instancia, no guarda coherencia con lo afirmado en la demanda e intenta modificar el sentido de la pretensión que da origen al proceso; es decir, la causa petendi.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad a lo expuesto

en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, conforme lo establece el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 en concordancia con el Código General del Proceso en su artículo 365 y 366, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta N° 160

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY