



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, 09 de diciembre 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 70001-33-33-003-2018-00197-01
Demandante:	Felipe Esteban Rambauth Pineda
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 29 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron 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: El señor Felipe Esteban Rambauth Pineda 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 parcial de la Resolución **No. 0189 del 15 de febrero de 2017⁵** expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reliquidó la pensión de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se le reconozca y pague al señor Felipe Esteban Rambauth Pineda a partir del **04 de octubre de 2016**, la pensión vitalicia de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante los **12 meses anteriores al momento del retiro del servicio** y que por Ley tiene derecho tales como; salarios, sobresueldos, primas y demás.

2.2. Hechos relevantes⁶: El señor Felipe Esteban Rambauth Pineda, manifiesta que laboró por más de veinte (20) años como docente oficial, por ello, cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que se le reconociera su pensión de jubilación reconocida por la Nación, Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, según se indicó en la Sentencia del 21 de noviembre de 1996 del C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Señala que en el reconocimiento de la misma, se incluyó como factores salariales solo la asignación básica, la bonificación mensual Dec. 1566, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, omitiendo tener en cuenta la **prima de servicios** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de junio de 2018⁷, siendo admitida a través de auto calendado 13 de julio de 2018⁸. El 15 de agosto de 2018⁹,

⁴ Fls. 1 a 2 C. Ppal.

⁵ Folios 17 y 18 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación Departamental.

⁶ Fl. 3 C. Ppal.

⁷ Fl. 20 del C. Ppal

⁸ Fl. 22 C. Ppal

⁹ Fl. 28 C. Ppal

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 con sentido del fallo se celebró el 03 de abril de 2019¹⁰, se surtieron las etapas procesales 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 con sentido del fallo desfavorable a las pretensiones del demandante.

- ❖ En fecha 28 de septiembre de 2018¹¹, la parte demandante presenta un escrito que tiene por asunto: SOLICITUD, donde exponen argumentos que en su opinión, debería tener en cuenta el fallador de instancia al momento de decidir, de igual manera, el 09 de octubre de 2018¹², nuevamente anexa oficio con copia de dos sentencias.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada¹³: La entidad demandada contestó de forma oportuna, manifestando en cuanto a los hechos no los afirma ni los niega si no que se atiene a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, manifiesta que 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 de la vía gubernativa, la de 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 parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad

¹⁰ Fls. 111 a 113 C. Ppal.

¹¹ Fls. 31 a 44 C. Ppal.

¹² Fls. 45 a 76 C. Ppal.

¹³ Folio 77 a 91 del C. Ppal

encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Expuso que la pretensión de la parte 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 pensionado.

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 reliquidarle la pensión mensual vitalicia de jubilación, como consta en la Resolución No. 015370 del 23 de diciembre de 2015.

Expresó que la discrepancia de la parte actora radica en que la entidad no tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión todos los factores salariales que a su juicio debieron ser incluidos, por lo tanto impetra se reliquide su pensión, lo que es contrario a derecho, razón suficiente para no tener en cuenta los factores salariales aludidos y demás factores generados durante el año status de pensión.

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.

Manifestó 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 solicitando 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 el 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 N° Interno: 2328-2013, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Contestación de las excepciones¹⁴: La parte demandante señala las razones por las cuales no deben prosperar las excepciones propuestas por la entidad demandada, en este sentido, manifiesta que:

- **La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda:** Como quiera que el acto administrativo demandado, le creó una situación jurídica a la demandante al reconocerle la pensión de jubilación, lo cual constituye un acto de fondo, la cual debió ser atendida respetando las disposiciones legales, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

- **La excepción de no agotamiento de la vía gubernativa:** No era obligatorio el agotamiento de la vía gubernativa, debido a que el acto demandado sólo procedía el recurso de reposición, el cual no es imperativo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativo (art.76 de la Ley 1437 de 2011).

En este sentido, cita la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, esto es, sentencia proferida el 1 de marzo de 2001, del C.P. Alberto Arango Mantilla.

- **La excepción de inexistencia de la obligación:** Manifiesta que la contestación no cuenta con los argumentos que sustenten su posición, no obstante, cita la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el cual no ha sido ajeno a esta circunstancia, tal como lo refiere la Sentencia de Unificación, *del 4 de agosto de 2010*, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, y la cual expresa que el alcance que tiene la normatividad territorial, es aplicable a las prestaciones sociales con respecto a la inclusión de los factores salariales en la pensión ordinaria de jubilación de los empleados públicos docentes. En consecuencia, es claro que la obligación reclamada si existe y es de obligatorio cumplimiento.

- **Excepción de cobro de lo no debido:** Expresa que la entidad tenía un término perentorio para expedir el Acto Administrativo y para girar el valor de las cesantías, el cual fue excedido por la entidad demandada, por ende debe declararse no probada esta excepción, en virtud de lo anterior, cita las sentencias C-188 de 1993 de la Corte Constitucional, y las sentencias del Consejo de Estado, del 14 de agosto de 2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

- **Excepción de prescripción:** Precisa que, el reconocimiento de las mesadas de la reliquidación pensional se realiza con 3 años de anterioridad al momento de haber solicitado su reconocimiento, como quiera que las mesadas pensionales prescriben de conformidad con los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

¹⁴ Fls. 96 a 105 C. Ppal.

• **La excepción de falta de legitimación por pasiva:** Señala que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no es solamente ha sido decantada por la jurisprudencia sino por el contenido normativo que determina la competencia del ente demandado, así las cosas, transcribe los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005, que si bien el reconocimiento de las pensiones está a cargo de las Secretarías de Educación de cada ente territorial certificada, esta actuación es meramente de suscripción, ya que dicho pago corresponde a un Fondo Prestacional de Carácter Nacional, tal como lo contempla el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 2381 del 16 de agosto de 2005, conforme a la Ley 91 de 1989 y al artículo 56 de la Ley 962 de 2005. En ese sentido, cita la sentencia del 21 de noviembre de 1996, C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en su parágrafo 2. En conclusión *“las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por citado fondo.”*

• **La excepción de compensación:** Aduce que su representado no le adeuda suma alguna a la entidad ejecutada, pues los pagos recibidos son el reconocimiento de sus prestaciones laborales, toda vez, que son derechos.

• **La excepción genérica o innominada:** *“La excepción no tiene vocación de prosperar, toda vez que se observan vicios o cualquier otra situación donde pueda declararse la misma, entre tanto cuando al administrado le asiste razón y declarada por el operador judicial, esta excepción queda relavada de cualquier oportunidad para prosperar.”*

2.6. Sentencia recurrida¹⁵: El Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, como quiera que no le asiste derecho al docente a que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios, toda vez que dicho factor no se encuentra enlistado dentro de aquellos factores establecidos de manera taxativa por la Ley 62 de 1985, ni tampoco obra prueba de que sobre ese factor se hayan hecho aportes, careciendo de fundamento legal su pretensión.

Como fundamentos para su decisión explicó que, la sub regla sobre la taxatividad de factores adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, tiene aplicación al tema de la reliquidación pensional de los docentes amparados por la Ley 33 de 1985, cambiando la regla contenida en la sentencia del 4 de agosto de 2010; puesto que precisamente el carácter enunciativo de los factores de liquidación de la pensión de los docentes, tenía como centro de argumentación dicha sentencia, determinación judicial que por mandato de la sentencia del 28 de agosto de 2018 dejó de ser precedente y la sub regla decisión aplicable.

Respecto a la prima de servicios, señaló que fue creada mediante el Decreto 1545 de 2013, cuyo artículo 5, pregona que la misma constituye factor salarial, para efectos

¹⁵ Fls. 115 a 123- del 29 de abril de 2019.

de liquidar las vacaciones, la prima de vacaciones, cesantías y la prima de navidad, motivo por el cual tampoco puede ser incluida.

Finalmente expuso que, la entidad demandada al excluir la prima de servicios como factor salarial para determinar el IBL de liquidación de la mesada pensional del actor, no actuó por fuera de los lineamientos legales sobre el tema; por ende, se mantiene incólume la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

2.7. El recurso de apelación

2.7.1 La parte demandante¹⁶: apeló la anterior decisión, teniendo presente que aquella debe ser revocada y se debe ordenar el reconcomiendo, inclusión y pago de todos y cada uno de los factores salariales devengados por su representado; ello, sustentado en que en que la sentencia de unificación que el juez aplicó para tomar la decisión objeto del recurso, resulta inaplicable para el presente caso, no sólo porque la propia sentencia expresamente lo determina, sino por cuanto los docentes fueron expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993.

Hace referencia a un pronunciamiento del Consejo de Estado, C.P. Rocío Araujo Oñate, a través de sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela con radicado N° 11001-032-15-000-2018-03012-00, y la sentencia del 4 de octubre de 2018 con radicado N° 11001031500020180288900, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, como soporte para afirmar que la no aplicación de la Sentencia de Unificación en los referidos casos, deja entrever la flagrante violación a la igualdad y al principio de favorabilidad a favor del demandante.

Manifiesta que, debe tenerse en cuenta que los afiliados al Fondo Prestacional del Magisterio por tratarse de empleados públicos de régimen especial, están cobijados por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989 y reitera que son expresamente exceptuados del régimen de prima media que se consolidó con la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003. Por lo anterior, los docentes son cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, que es una norma especial para este grupo de empleados públicos.

¹⁶ Fls. 125 a 147 C. Ppal

En tal sentido, cita las sentencias del Consejo de Estado del 22 de noviembre de 2007, Sala de Consulta del servicio Civil con radicación 1.857 y del 16 de marzo de 2017, expediente No. Interno 1078-2014, que a su juicio ratifican el derecho de su representado. Asimismo cita la sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2016, ratificada por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005.

Denuncia la omisión de la administración de efectuar los correspondientes descuentos para aportes al sistema, en consecuencia se evidencia la regresividad de los derechos sociales, por lo que es necesario incluir aquellos factores que fueron devengados por el trabajador durante el año anterior al momento de la adquisición del status pensional, y de esta manera, aplicar el principio de la realidad sobre las formas y el principio de favorabilidad.

Aduce que, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, se ajusta más a los principios que rigen las relaciones laborales y a su vez, nos ilustra como reparar ese detrimento patrimonial. Igualmente, manifiesta se encuentran vulnerada la confianza legítima en la administración de justicia y la buena fe, conforme al precedente jurisprudencial del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Explica que la aplicación retrospectiva en el presente asunto, no significa que los próximos fallos que se expida deben acatar el criterio jurisprudencial, como quiera que son situaciones diversas.

En consecuencia, asegura que se evidencia que existe una transgresión de los derechos del accionante que pertenece al grupo de pensionados como sujetos que merecen especial protección del Estado por la aplicación restrictiva de las reglas que impone esta sentencia que ha sobrepasado en sentido estricto los principios del derecho laboral, constitucional y administrativo, así como el precedente jurisprudencial, pero en el ejercicio de los operadores judiciales, se estudia e interpreta, pues si bien es cierto la sapiencia del ejercicio jurisdiccional se da en cada decisión y no sólo es atender un lineamiento por un superior jerárquico, sino esbozar por qué ese lineamiento puede o no estar acorde al caso concreto, en virtud de la autonomía judicial, para tal efecto debe dársele un tratamiento transicional pues estaba presentando antes de la jubilación de la nueva unificación jurisprudencial, modificatoria de otra sentencia de unificación jurisprudencia, circunstancias sin antecedentes en Colombia.

En cuanto a las costas procesales y las agencias en derecho, circunscribe las circunstancias especiales que envuelven este caso y que por lo tanto deben ser estudiadas a fondo para su aplicación.

Finalmente, aduce que el caso sub examine debe ser resuelto bajo los parámetros de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, radicada bajo el No. 66001-33-33-004-2014-00736-01, el criterio esbozado por el Consejo de Estado a través de sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela radicada bajo El N° 11001-03-15-000-2018-0 y la acción de tutela proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 24 de octubre de 2018 y radicada bajo el N° 11001-03-15-000-2018-00805-01, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez; concluyendo en consecuencia, que las reglas de unificación de la sentencia del 28 de agosto de 2018, no son aplicables a los docentes.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 17 de julio de 2019¹⁷, 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 30 de agosto de 2019¹⁸, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión:

La parte demandante, se abstuvo de presentar sus alegatos de conclusión.

La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG, presentó sus alegatos de conclusión en forma extemporánea.¹⁹

Concepto del Ministerio Público: El delegado del Ministerio Público ante esta Colegiatura, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

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

¹⁷ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁸ Fl. 9 del C. Alzada

¹⁹ El término para alegar de conclusión inició el 03 de septiembre de 2019 y finalizó el 17 de septiembre de 2019 (Fl. 12 C. Alzada) y se recibió escrito de contestación por medio magnético el 18 de septiembre de 2019.

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 la apoderada de la parte demandante se resume en que la decisión tomada por el A quo no se ajusta a derecho, puesto que, según la ley aplicable al caso, se debe reconocer al demandante la reliquidación de la pensión de jubilación conforme a las previsiones contempladas en la Ley y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, más exactamente, el precedente judicial de las sentencias del 04 de agosto de 2010 y no con base en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, que no es aplicable a los docentes.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Felipe Esteban Rambauth Pineda, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

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 requirán 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 adquiriera 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 misma, tal como se indica en la Resolución N° 0189 del 15 de febrero de 2017, que en su parte considerativa establece que dicha ley hace parte de los fundamentos

legales para la reliquidación pensional del demandante²⁰, 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 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.”

²⁰ Resolución 0189 del 15 de febrero de 2017, folio 17 parte inferior.

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, 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.

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 N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019²¹ 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 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

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Rey nel Toloza. Radicado: 2015-569-01

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 años²². Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de 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 realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

²² 4 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.

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%²³ (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 nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985) 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.	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 ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)

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

²³ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

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”.

3.3. El caso concreto: En el caso bajo estudio, pretende la parte actora se declare la nulidad de la **Resolución N° 0189 del 15 de febrero de 2017** a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reliquidó la pensión vitalicia de jubilación a un docente nacionalizado 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 nuevamente la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados en el último año de servicio, tal como el equivalente al 75% del promedio

de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales²⁴, 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 jurídico²⁵.

El *A quo* negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con la sentencia del 28 de agosto de 2018, el factor que depreca el accionante que se le incluya en el IBL de la pensión de jubilación, no se encuentra enlistado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, ni tampoco se demostró que sobre esos factores haya realizado aportes, haciendo referencia a la prima de servicios, que a su vez es la citada puntualmente en la demanda, en los hechos de la misma.

En el recurso de alzada, la parte actora considera que el personal del magisterio no es sujeto de los asuntos establecidos en la sentencia de unificación, ya que en estas se definen las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya excepción taxativa se evidencio anteriormente. De igual manera, teniendo en cuenta que para los afiliados Al Fondo De Prestaciones del Magisterio- FOMAG- por tratarse de empleados públicos de régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989 y exceptuados de la aplicación de los parámetros establecidos por el régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003, que se debe aplicar a los afiliados con posterioridad al 26 de junio de 2003, los docentes no hacen parte del grupo de trabajadores a los que se les debe aplicar la debatida Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado.

Pues bien, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

- ⇒ El señor Felipe Esteban Rambauth Pineda nació el 20 de septiembre de 1951²⁶; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 20 de septiembre de 2006.
- ⇒ Al demandante, le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 0486 del 12 de marzo de 2008.²⁷

²⁴ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 1 -2

²⁵ De acuerdo con lo expuesto en la contestación de la demanda visible a folios 77 a 91

²⁶ De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía, folio 16.

²⁷ De acuerdo a lo consignado en la parte considerativa de la Res. 0189 del 15 de febrero de 2017. (Fls. 17 y 18)

⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacionalizado²⁸ en la I.E. Carmelo Percy Vergara del Municipio de Corozal, hasta el 04 de octubre de 2016; pues mediante Decreto 0831 del 30 de septiembre de 2016, se le aplicó el retiro forzoso del cargo de docente, lo cual se desprende de la propia resolución 0189 del 15 de febrero de 2017, ya reseñada.

Igualmente, se encuentra probado que le fue reliquidado su derecho pensional mediante Resolución N° 0189 del 15 de febrero de 2017, en cuantía de \$2.654.390.00 efectiva a partir del 04 de octubre de 2016, para lo cual se le aplicó, entre otras, la ley 6° de 1945, ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y ley 91 de 1989.

La reliquidación pensional (Fls 17 y 8), le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de la (i) asignación básica, (ii) promedio de bonificación mensual Dec. 1566/14, (iii) promedio de prima de alimentación, (iv) promedio de prima de vacaciones y (v) prima de navidad²⁹.

Pues bien, se observa que lo pretendido por el actor 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. Así mismo, en el numeral segundo de los hechos de la demanda, se narra que *“La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica, bonificación mensual Decreto 1566, prima de alimentación, la prima de vacaciones, prima de navidad, omitiendo tener en cuenta **la prima de servicios**, y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios.”*³⁰

Entonces, al revisar el dossier, claramente se establece cual es la pretensión primigenia y los hechos que la preceden, y con respecto a ella, no se encontró prueba de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, años 2016-2017; es más no fue adjuntado al proceso prueba alguna de lo efectivamente percibido por el demandante en algún periodo de su vida laboral; aquella es inexistente en el expediente. Advirtiéndole además el Tribunal, que de las pocas pruebas aportadas al plenario tampoco es posible deducir que el actor haya devengado otro factor diferente a los consignados en la resolución de reliquidación.

²⁸ Tal como lo señala la resolución de reliquidación pensional Ibidem.

²⁹ Ver folio 17 parte inferior

³⁰ Fl. 3 C. Ppal.

Cabe resaltar que 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.

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 dudarlo, 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 reliquidó la pensión del demandante y la petición de restablecimiento, encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengado por el actor en su último año de servicios, **pero no presentó prueba alguna que permitiera verificar el pago de dichos factores**, resulta acertada la decisión del juez de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda; pero no por lo allí consignado referido al régimen aplicable; sino a la ausencia total de prueba sobre los factores efectivamente devengados por el demandante; así las cosas, encuentra esta colegiatura que es imposible decidir favorablemente sobre esos pedimentos; en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada y por ello, se negarán 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 2018³¹, 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-

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 si bien controvierte de forma general el argumento de autoridad (jurisprudencia) utilizado por el juez de primera instancia; no guarda coherencia con la integralidad de la decisión, pues dejó a un lado un elemento fundamental que no podía obviarse, todo el análisis de la prueba de los factores devengados, que antecede incluso al régimen aplicable, que de haberse realizado, con la simple confrontación entre la resolución demandada, las pretensiones y las pruebas que se necesitaba adjuntar con el escrito de la demanda, se habría concluido con facilidad, que aquella faltaba.

³¹ 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)

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 29 de abril de 2019, 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, pero por las razones expuestas en esta providencia.

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.

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° 184

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY