



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 21 de febrero de dos mil veinte (2020)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-009-2017-00152-01
Demandante:	Álvaro del Cristo Tatis Montero
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Noveno 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 14 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las súplicas 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 Álvaro del Cristo Tatis Montero, 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 N^o **1811 del 30 de diciembre de 2016⁵**, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reliquida la pensión de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se reconozca, reajuste y pague a el señor Álvaro del Cristo Tatis Montero, la pensión vitalicia de jubilación a partir del **13 de septiembre de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

2.2. Hechos relevantes⁶: El señor Álvaro del Cristo Tatis Montero 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 solo la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de alimentación y la Bonificación del Dec. 1566/14, pero se omitió tener en cuenta **la prima de servicios** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente, durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 09 de junio de 2017⁷, siendo admitida a través de auto calendado 15 de junio de 2017⁸. El 29 de agosto de 2017,

⁴ Fl. 1 a 2 C. Ppal.

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

⁶ Fl. 3 C. Ppal.

⁷ Fl. 22 del C. Ppal

⁸ Fls. 24 C. Ppal

fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁹.

La audiencia inicial concentrada se celebró el 27 de septiembre de 2018¹⁰, diligencia en la que se surtieron las etapas procesales de la misma, se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia escrita dentro de los 10 días siguientes a la diligencia.

- ❖ En fecha 28 de septiembre de la misma anualidad, la parte demandante presenta un escrito que tiene por asunto: SOLICITUD, donde exponen argumentos que en su opinión, debería tener en cuenta la Jueza de instancia al momento de decidir, (fl 79 y ss) de igual manera, el 09 de octubre de 2018, nuevamente anexa oficio con copia de dos sentencias.(fl 93 y ss)

2.4 Pronunciamiento de la parte demandada

2.4.1 La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG¹¹, contestó la demanda oportunamente manifestando en cuanto a los hechos que no los afirma, ni los niega, sino que se atiene a lo que se demuestre en el trascurso 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.

Propone 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.

⁹ Fl. 30 C. Ppal

¹⁰ Fls. 72 a 75 C. Ppal.

¹¹ Fls. 43 a 55 C. Ppal.

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

Expuso que la pretensión del 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 reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación, como consta en la Resolución N° 1811 del 30 de diciembre de 2016.

Expresó que la discrepancia del actor radica en que la entidad no tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión todos los factores salariales de prima de antigüedad, prima de vacaciones entre otros, los cuales aduce que debieron ser incluidos, por lo tanto impetra se reliquide su pensión, lo cual es contrario a derecho, razón suficiente para no tener en cuenta los factores aludidos por el demandante y los 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.

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 los docentes Nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o las normas que se expidan en el futuro.

Puntualizó que, los actos administrativos demandados gozan de la 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 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, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Sentencia recurrida¹²: La juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, ahondó en el marco normativo y jurisprudencial atinente a la pensión ordinaria de jubilación docente, de tal forma que, coligió que el Consejo de Estado sostenía que la ley 33 de 1985 aplicaba para el personal docente nacional y frente a los factores salariales a tener en cuenta, sostuvo que el funcionario aportaría sobre todos los factores que según la ley deba, sin que ello significara patente de curso para considerar que el incumplimiento de tal obligación derivaría en la negativa de inclusión de dichos factores.

Señaló que de manera posterior, mediante la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, se cambió el criterio de interpretación que debía darse a la ley 62 de 1985 y se concluyó que los factores enlistados en la misma, eran meramente enunciativos y no taxativos; de modo que, al momento de liquidar la pensión de jubilación docente debían incluirse todos los factores por el devengados durante el último año de servicios anterior al status.

Finalizo su análisis jurisprudencial, exponiendo el criterio esbozado mediante la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 y concluyó que dichas disposiciones no son aplicables a los docentes, por cuanto cuentan con un régimen

¹² Fls.125 a 131- Del 14 de diciembre de 2018.

especial, de acuerdo a lo previsto por la ley 91 de 1989 y dicho régimen se exceptuó de la aplicación de la ley 100 de 1993, por disposición de la misma en su artículo 279.

De acuerdo a las anteriores previsiones, la juez de instancia optó por considerar que al demandante le asistía derecho a reliquidar su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año anterior al status.

Sin embargo, no corrió con tal suerte respecto a la prima de servicios como único elemento devengado por el actor y no reconocido por la entidad como factor salarial actor; en razón a la vigencia del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, a partir del año 2014, por lo que podría interpretarse que devengó la misma solo para ese año y mal podría interpretarse que un empleado territorial haya tenido derecho a percibir las en años anteriores; ello teniendo en cuenta un pronunciamiento sobre la prima de servicios emitido mediante una sentencia de este Tribunal del 02 de agosto de 2018.

2.6. El recurso de apelación¹³: La parte demandante discrepa de la anterior decisión, teniendo en cuenta que la misma debe ser revocada y en su lugar deben concederse las pretensiones de la demanda. Ello al considerar que sí es procedente la inclusión de la prima de servicios en la reliquidación pensional del actor, en razón a que la norma con la cual se crea dicho factor salarial, estableció que se debía pagar el mismo a partir del año 2014 y el docente demandante la devengó en el año 2015 y 2016, el cual se encuentra dentro del año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional. Tal posición la respalda con la tesis expuesta por el Consejo de Estado, mediante la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, expediente radicado N° 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, concluyendo que de no atenderse a dicho precedente jurisprudencial, traería como consecuencia la regresividad de derechos sociales, por lo cual es procedente la inclusión de todos los factores devengados por el docente en su último año de servicios anterior al status, en aras de garantizar el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y el principio de favorabilidad que consagra la Constitución de 1991.

Añade a lo anterior, que es claro que en el IBL de la pensión, por regla general deben incluirse todos los conceptos de remuneración que puedan calificarse como salario;

¹³ Fls. 136 a 139 C. Ppal

entendiéndose como todo lo recibido por el trabajador en dinero o especie como contraprestación a sus servicios.

Finalmente, solicitó que sea atendido el precedente establecido previamente por el Consejo de Estado mediante la referida Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, así como el esbozado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 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° 11001-03-15-000-2018-03012-00 y Sección Cuarta, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, a través de sentencia del 24 de octubre de 2018, dentro de la acción de tutela con radicado N° 11001-03-15-000-2018-00805-01.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 30 de julio de 2019,¹⁴ 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 17 de septiembre de 2019¹⁵, 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, allegó escrito de alegatos de conclusión extemporáneamente.¹⁶

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 para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

¹⁴ Fl. 4 Cdno Alzada

¹⁵ Fl. 9 Cdno Alzada

¹⁶ Según nota secretarial del folio 12 del cuaderno de alzada, el termino para alegar de conclusión, inició el 20 de septiembre de 2019 y finalizó el 7 de octubre del mismo año y solo se recibió escrito de alegatos hasta el 15 de octubre de 2019, cuando dicho termino se encontraba fenecido.

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, la juez de instancia debió incluir la prima de servicios como factor salarial para la reliquidación pensional del docente, en razón de la entrada en vigencia del decreto que creó dicha erogación y al precedente sentado mediante la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor **Álvaro del Cristo Tatis Montero** 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 anterior a la adquisición del status de pensionado.

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 docente 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 parágrafo 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 el señor Álvaro del Cristo Tatis Montero fue nombrado como docente en la Escuela Urbana de Varones Juan XXIII, del municipio de los Palmitos - Sucre, mediante Resolución N° 00331 del 20 de septiembre de 1974, con fecha de posesión y efectos fiscales en la misma calenda¹⁷; 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 1° señala:

Artículo 1°. *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,

¹⁷ Folio 20 -De acuerdo con el certificado de tiempo de Servicios, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre.

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.”

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-S2-2019¹⁸ 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.

¹⁸ 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

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 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 hiciere 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 años¹⁹. 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 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 812 DE 2003			
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	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%²⁰</u> (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

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

<p>Último año de servicio docente</p> <p>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</p>	<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 <p>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</p> <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.</p>	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<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 <p>(Decreto 1158 de 1994)</p>
---	--	--	--

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 pensonal 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”.

3.4. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 1811 del 30 de diciembre de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre–Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación a un docente Nacionalizado y frente al 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 en el **último año de servicio anterior a la adquisición del derecho pensional**, tal como el equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales²¹.

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

- ⇒ El señor Álvaro del Cristo Tatis Montero nació el 23 de agosto de 1951²²; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 23 de agosto de 2006.
- ⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 20 de septiembre de 1974²³
- ⇒ Según la Resolución N° 1811 del 30 de diciembre de 2016, le fue reconocido su derecho pensional mediante Resolución N° 0619 del 17 de noviembre de 2006.²⁴

²¹ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folios 1 y 2.

²² De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 16 del expediente.

²³ De acuerdo con el Certificado de tiempo de Servicios obrante a folio 20 del expediente.

²⁴ Fls. 17 a y 18 Cdno Ppal. Se toma tal fecha, al no estar en discusión la adquisición del status de pensionado del demandante.

⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacionalizado²⁵, hasta el 13 de septiembre de 2016, pues mediante Decreto N° 0770 del 16 de septiembre de 2016, se le acepta su renuncia al cargo de docente.²⁶

Se encuentra acreditado, que le fue reliquidado al actor su derecho pensional en cuantía de \$2.615.764,00, efectiva a partir del 13 de septiembre de 2016, para lo cual se le aplicó, entre otras, la ley 6ª de 1945, la ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y ley 91 de 1989.

La pensión le fue reconocida teniendo como factores salariales el promedio de asignación básica mensual, Promedio de Bonificación del Decreto 1566/14, el promedio de prima de alimentación, la prima de navidad y la prima de vacaciones²⁷, esto es, la suma de \$2.615.764,00.

Pues bien, se observa que lo pretendido por la parte 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 de pensionado**. 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, el promedio de la prima de vacaciones, de la prima de navidad, de la prima de alimentación, la bonificación mensual, omitiendo tener en cuenta la **prima de servicios**, y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado”²⁸*

De igual forma en la audiencia inicial, al minuto 16:24 de la grabación de audio y video, que reposa en el folio 76 del C. Ppal; se fijó el litigio y el problema jurídico se circunscribió según se transcribe a continuación:

Jueza: *“(…)De acuerdo con los hechos narrados en las demandas, que se han identificado al inicio de esta audiencia los actores manifiestan que laboraron durante más de 20 años al servicio de la docencia oficial y que cumplieron con los requisitos previstos en la ley para que les fuera reconocida su pensión de jubilación por parte de la entidad demandada. Manifiestan que la base de su liquidación pensión al en su reconocimiento no incluyó todos los factores salariales percibidos por su actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionados.*

²⁵ Tal como lo señala la resolución demandada obrante a folio 17 y 18 del expediente.

²⁶ Por ser esta la fecha de expedición del certificado de tiempo de servicios.

²⁷ Ver folio 17 parte inferior.

²⁸ Fl. 3 C. Ppal.

Por su parte el extremo pasivo, se opuso a las súplicas de la demanda, manifestando que los actos acusados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y que los actores no acreditan siquiera sumariamente que hayan sido expedidos con los vicios de nulidad (...)

Frente al caso concreto manifestó que la cuantía de las mesadas pensionales fueron liquidadas de acuerdo con la normatividad aplicable a los derechos pensionales de los docentes y atendiendo las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición de los actos administrativos de reconocimiento.

Atendiendo los documentales que se aportaron hasta este momento, se advierte que los actores prestaron sus servicios como docentes al servicio del Departamento de Sucre y el Municipio de Sincelejo; razón por la cual mediante acto administrativo se ordenó el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación; debiéndose establecer entonces si se tuvieron en cuenta o no todos los factores salariales percibidos por los actores durante el último año de servicios, de acuerdo con el certificado de salario que en algunos casos se aportó y en otros no.

El problema jurídico que nos ocupa en este asunto será determinar: ¿si los actos acusados en los procesos descritos al inicio de esta diligencia se encuentran viciados de nulidad y en consecuencia, si tienen derecho los actores a que su pensión vitalicia de jubilación sea liquidada con la inclusión de todos los factores salariales que percibieron durante el año anterior a la adquisición de su estatus de pensionados?...” (subrayas y negrillas para resaltar)

Fijación del litigio y determinación del problema jurídico a resolver, con los cuales las partes se encontraron satisfechos y no hicieron objeción alguna.

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 anterior al cumplimiento del status de pensionado** y los certificados salariales aportados corresponden a los años 2015 y 2016, correspondientes al último año de trabajo anterior al retiro del servicio, el cual se le aplicó a partir del 13 de septiembre de 2016, mediante Decreto 0770 del 16 de septiembre de 2016²⁹; por ende, no fue adjuntado al proceso prueba alguna de lo efectivamente percibido por el demandante, en el periodo que solicita le sea tenido en cuenta como factores para liquidar el valor de la correspondiente mesada pensional que coincide con el plazo señalado en la fijación del litigio y frente al cual no se realizó manifestación alguna; advirtiendo que, la juez de instancia, al momento de fallar consideró tales certificaciones como prueba de lo devengado por el accionante en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

²⁹ Información que se desprende de la Resolución N° 1811 del 30 de diciembre de 2016, que reposa a folios 17 y 18 del C. Ppal.

Es menester resaltar que, dicha carga estaba en cabeza de la 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: la actora 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 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 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 sobre la entrada en vigencia del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013; sino por la ausencia de pruebas sobre los factores efectivamente devengados por el demandante en el tiempo que solicita sea tenido en cuenta para reliquidar su pensión. 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 2018³⁰, 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 utilizado por la 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 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 y por ello, hay lugar en este caso a la condena en costas

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,

³⁰ 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)

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 14 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, pero por los motivos expuestos en esta providencia.

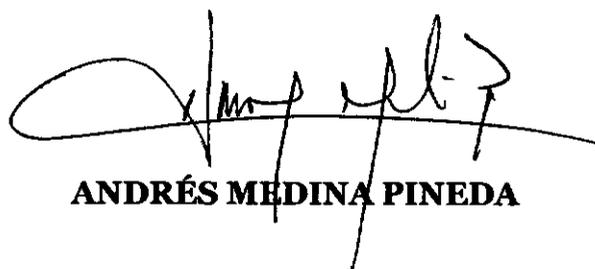
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, conforme lo establece el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 en concordancia con el Código General del Proceso en su artículo 365.

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° 027/2020

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ANDRÉS MEDINA PINEDA



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

