

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

Ibagué, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 2017-119
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LUIS ANTONIO ESQUIVEL RAMIREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Teniendo en cuenta que dentro del presente asunto se dio aplicabilidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido que se prescindió de la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y los alegatos de conclusión fueron presentados de forma escrita, el suscrito Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 *ibídem* procede a emitir sentencia dentro del proceso de la referencia.

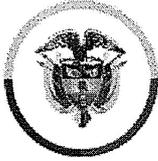
ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

*“PRIMERA.- Se DECLARE la Nulidad de los siguientes actos administrativos, a saber: a). Nulidad parcial de la **Resolución No. 7577 del 30 de Noviembre de 2015** expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional del Tolima, por medio de la cual negó a mi mandante **LUIS ANTONIO ESQUIVEL RAMÍREZ** la reliquidación de su pensión de invalidez, en la forma y términos peticionada a través de la suscrita mediante presentado el 24 de septiembre de 2014; esto es, teniendo en cuenta para ello aparte del Sueldo Básico percibido para su último año de servicios (2011-2012), también la inclusión en su prestación pensional de las doceavas partes de las **Primas Vacacional, de Navidad y las Horas Extras** al igual que el 75% del 100% del **Subsidio de Alimentación y del Auxilio de Transporte**, respectivamente, devengadas para ese mismo entonces como docente Nacionalizado dependiente del Departamento del Tolima; y b). De la **Resolución No. 0493 del 7 de febrero de 2017** de la misma Secretaría de Educación y Cultura Departamental del Tolima, por medio de la cual confirmó en todas y cada una de sus partes la N°. 7577 del 30 de Noviembre de 2015 denegatoria de la revisión pensional en la forma y términos peticionada por el demandante.*

SEGUNDA.-** Que como consecuencia de la declaración a que se refiere el numeral precedente, se CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL, a realizar la REVISIÓN, reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación de mi mandante **LUIS ANTONIO ESQUIVEL RAMÍREZ**, teniendo en cuenta ahora para ello, aparte del Sueldo Básico devengado para su último año de servicios (2011-2012) también la inclusión en ella de las doceavas partes de las **Primas Vacacional, de Navidad y de las Horas



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

*Extras al igual que el 75% del 100% del **Subsidio de Alimentación y del Auxilio de Transporte**, respectivamente, percibidos para ese mismo entonces, con fundamento en lo establecido en la Ley 6° de 1945 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, los cuales se encuentran vigentes para su aplicación; SUMA QUE RESULTA DE LA DIFERENCIA DE LO NO LIQUIDADO EN LA PROYECCIÓN REALIZADA en la Resolución No. 03275 del 21 de Agosto de 2012 y efectiva a partir del 16 de Agosto de esa misma anualidad 2012, fecha en que adquirió el derecho a la reliquidación y hasta el día que se materialice dicho reconocimiento pensional.*

TERCERA.- De igual modo, se ordenará la actualización y cumplimiento de las condenas en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTA.- Se condene al pago de costas y agencias en derecho ala (sic) accionada”.

1.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones de la demanda señala la apoderada los siguientes aspectos:

1. Que la Secretaría de Educación y Cultura departamental del Tolima, mediante Resolución No. 03275 del 21 de agosto de 2012, ordenó reconocer y pagar al señor Luis Antonio Esquivel Ramírez una pensión de invalidez, en la cuantía de \$544.337 equivalente al 54% del sueldo básico percibido durante el último año de servicio como docente nacionalizado dependiente del departamento del Tolima; siendo efectiva ésta a partir del 16 de agosto de 2012.
2. Afirma la apoderada que la pensión fue reconocida en un monto inferior al salario mínimo legal mensual vigente para ese año (2012 - \$566.700); y que además, dicha prestación no fue liquidada correctamente, pues debía comprender el 75% del sueldo básico, así como las doceavas partes de las primas vacacional, de navidad y las horas extras, al igual que el 100% del subsidio de alimentación y del auxilio de transporte devengados por el señor Luis Antonio Esquivel Ramírez durante su último año de servicios (2011-2012); la profesional atribuye dicha omisión a un presunto error en el certificado de salarios expedido.
3. Que en vista de lo anterior, la referida profesional presentó solicitud de reliquidación de la pensión el 24 de septiembre de 2014, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor durante el último año de servicios.
4. Que como consecuencia de la anterior solicitud, la Secretaría de Educación y Cultura departamental del Tolima y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional del Tolima expedieron la Resolución No. 7577 del 30 de noviembre de 2015, negando lo solicitado. Ante este acto administrativo se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 0493 del 07 de febrero de 2017, confirmando en su integridad la resolución recurrida.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

5. Para finalizar, afirma la apoderada que el demandante no ha recibido reconocimiento, ni pago alguno por concepto de dicha prestación.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Departamento del Tolima

Realizada la notificación, la entidad demandada –departamento del Tolima–, dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, y proponiendo las excepciones de: (i) improcedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación con recursos del departamento del Tolima; (ii) cobro de lo no debido frente al departamento del Tolima; (iii) prescripción y iv) reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente a los hechos, manifestó la apoderada del Departamento que es cierto el contenido en el numeral primero relativo al reconocimiento de la prestación; frente a todos los demás afirmó que deberán ser probados en el trámite procesal.

Como argumento principal de defensa, esgrimió la apoderada que el departamento del Tolima no está legitimado para responder económicamente, pues los actos administrativos demandados fueron expedidos en representación del Ministerio de Educación Nacional, y en consecuencia no gozaba de autonomía frente a esos, por lo que no comprendía la voluntad del ente territorial.

2.2. Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Por su parte, la apoderada del Ministerio de Educación se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones: i) inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante; ii) buena fe; iii) prescripción y/o prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda y/o reclamación administrativa; iv) inexistencia de la vulneración de principios legales; v) desconocimiento de la distribución de roles establecidos en las normas vigentes que regulan la materia y en el contrato de fiducia mercantil N°. 083 de 1990; vi) inexistencia del demandado – Falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada – Falta de competencia del ministerio de educación para expedir acto administrativo y reconocer el derecho reclamado; vii) innominada o genérica; viii) litis consorcio necesario; y ix) falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como argumentos de defensa, expuso la profesional del derecho que la prestación social en discusión fue liquidada conforme lo preceptuado en la ley 812 de 2003, por lo que sólo se podían tomar en consideración los factores salariales sobre los que el docente hubiere efectuado aportes. Para finalizar, aclara la apoderada que la entidad que representa no es competente para efectuar la reliquidación solicitada y que la sanción moratoria que se exige no es procedente.

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.1. Parte demandante



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

La apoderada de la parte actora en sus alegatos de cierre solicitó que se diera aplicación a la jurisprudencia incoada en el escrito de la demanda; y hace especial mención al hecho de que la pensión reconocida a su poderdante comprendió una cuantía inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la época – año 2012, por lo que, a su consideración, esta prestación fue reconocida con violación del principio de legalidad, por lo consagrado en la ley 100 de 1993.

Igualmente, señala que frente a la cuantía de la pensión se presenta otra irregularidad, pues asegura que el accionante presentó una pérdida de capacidad laboral del 88.05%, por lo que según lo estipulado en el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 era imperativo reconocer una pensión equivalente al 75% del último salario devengado por el empleado oficial.

Finalmente, reitera su pretensión de que en la base de reliquidación pensional se incluyan todos los factores salariales devengados por el actor para su último año de servicios.

3.2. Parte demandada

Departamento del Tolima

Guardó silencio.

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG

Guardó silencio.

3.3. Ministerio Público

Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. TESIS DE LAS PARTES

1.1. Tesis parte demandante

La demandante en su condición de docente tiene derecho a que su pensión sea reliquidada con el promedio de sueldos y todos factores devengados durante el último año de servicios al momento del retiro definitivo del servicio.

1.2. Tesis parte demandada

- **Nación-Ministerio de Educación-FNPSM:** La pensión de jubilación de la actora no debe ser reliquidada, por cuanto, al momento de su reconocimiento se efectuó conforme a los lineamientos de la Ley 100 de 1993, disposición según la cual no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales reclamados por la parte actora.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

- **Departamento del Tolima:** Indicó que es una entidad intermediaria encargada de desarrollar actividades de carácter particular que no comprometen la voluntad de dicha entidad, razón por la que no está llamado a responder por las pretensiones de la demanda.

2. PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con lo establecido en la fijación del litigio, quedó señalado en determinar si al señor LUIS ANTONIO ESQUIVEL RAMÍREZ le asiste el derecho a que se le reajuste su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año anterior al reconocimiento del estado de invalidez o si por el contrario debe reliquidarse tomando el salario promedio o rentas sobre las cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión conforme lo señala la ley 100 de 1993.

3. TESIS DEL DESPACHO

Acogiendo el precedente vertical fijado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, que con fundamento en el criterio de interpretación de la segunda subregla adoptado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 respecto los factores que integran el ingreso base de liquidación en el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, determinó que esta es aplicable para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989. En consecuencia, se negarán las súplicas de la demanda en atención a que a excepción de las horas extras, dichos factores no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985 como emolumentos a tener en cuenta para liquidar la pensión cuya reliquidación pretende el actor, aunado a que tampoco se acreditó que se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones sobre todos los conceptos solicitados.

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS Y JURISPRUDENCIALES

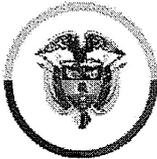
Para resolver el presente asunto, es preciso tener en cuenta las siguientes normas: Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994, Ley 812 de 2003, Ley 797 de 2003, jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes en síntesis son:

Sea lo primero advertir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de Ley 100 de 1993, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se encuentran cobijados por el régimen general de seguridad social que establece dicha legislación.

El artículo 81 de ley 812 de 2003 señala que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial después del 27 de junio de 2003¹, es el establecido para el Magisterio en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

¹ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

Conviene recordar que, anterioridad a esta norma se encontraba la Ley 115 de 1994 que literalmente consagraba lo siguiente:

“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.”

En armonía con la anterior disposición, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, preveía:

“ARTÍCULO 6º. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. *<Ley derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001> Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.*

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Las funciones de dirección del sistema de salud, se realizará a través de las direcciones locales, distritales y seccionales según las competencias definidas en la presente ley. Las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el parágrafo 1o. del artículo 19, de la ley 10 de 1990, y se les aplicará el régimen de personal previsto en el artículo 26 de dicha ley. En virtud de las autorizaciones de la Ley 4a. de 1992 el CONPES social establecerá los reajustes salariales máximos que podrán decretar o convenir las entidades territoriales. Igualmente establecerá los parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrán considerarse para la expansión de las plantas de personal, y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política. El Gobierno Nacional establecerá un programa de estímulos a la eficiencia técnica y administrativa de los sectores de salud y educación y se abstendrá de participar en programas de cofinanciación cuando las entidades territoriales de que trata la presente ley, no demuestren eficiencia o no efectúen la expansión racional de sus plantas de personal.

[...].”

Ahora bien, a través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, clasificó y dio alcance a la vinculación del personal docente estatal así: **nacionales** que- Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, **nacionalizado** - Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, y **Territoriales**. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, y dispuso el régimen prestacional de esta clase de trabajadores de la educación.

De esta forma, en el numeral 2º literal b) del artículo 15 *idem* indica:

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

[...]

2. Pensiones:

A. 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 hubieran 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 ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

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. – (Negrilla fuera de texto)

Se concluye entonces, que a los docentes vinculados a partir de la expedición de la ley 812 de 2003, les son aplicables las disposiciones de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, la Ley 100 de 1993, indicó que, la pensión de invalidez causada por enfermedad del empleado oficial que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, será equivalente al, según las condiciones específicas del demandante, al 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%. Dicho ingreso base de liquidación será calculado sobre el salario promedio que haya servido de base para realizar los aportes, que no son otros que los expresamente previstos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, a saber, “a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados”. Y, seguidamente, indicó que 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.

Vale indicar que, con ocasión de la interpretación decantada por el Consejo de Estado respecto los factores que integran el ingreso base de liquidación pensional, el listado traído por esas disposiciones se entendía como enunciativo y no taxativo, lo que hacía posible incluir otros factores salariales percibidos por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

No obstante lo anterior, la Sala plena del Honorable Consejo de Estado en providencia del 25 de abril de 2019, fijó el criterio de interpretación respecto de los factores salariales que integran el ingreso base de liquidación de las mesadas pensionales de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, señaló:

“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 años. 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”.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

5. DE LOS HECHOS PROBADOS

De las pruebas debidamente decretadas y aportadas al proceso, el Despacho logra tener por ciertos los siguientes hechos:

1. Que mediante Resolución No. 03275 del 21 de agosto de 2012, la Secretaría de Educación y Cultura – Fondo de Prestaciones del Magisterio del Departamento del Tolima ordenó reconocer y pagar al docente LUIS ANTONIO ESQUIVEL RAMÍREZ una pensión mensual de invalidez por valor de \$544.337, a partir del 16 de agosto de 2012. Folios 04 a 09, cuaderno principal.
2. De la precitada resolución se desprende que el demandante nació el 16 de mayo de 1973, ingresó a laborar el 30 de diciembre de 2003; y que el 26 de mayo de 2009 se estructuró una pérdida de capacidad laboral del 88,05%, por lo que se retiró del servicio el 16 de agosto de 2012.
3. La mencionada prestación fue liquidada conforme el 54% del promedio de los salarios o renta sobre las cuales cotizó el afiliado durante su historia laboral, con efectividad al día siguiente del retiro definitivo del servicio por invalidez.
4. Mediante Decreto No. 0861 del 13 de agosto de 2012, el Gobernador del departamento del Tolima retiró del servicio activo al demandante por pérdida de la capacidad laboral, a partir del 16 de agosto de ese mismo año. Folios 157 a 158, cuaderno principal.
5. Que mediante Resolución No. 7577 del 30 de noviembre de 2015, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima negó la solicitud de revisión de pensión de invalidez solicitada por el actor a través de apoderada el 14 de septiembre de 2014. Folios 10 a 21, cuaderno principal.
6. Contra la precitada resolución, la mencionada apoderada presentó recurso de reposición y en subsidio apelación el 05 de febrero de 2016 con radicado SAC 2016PQR4130; el cual fue resuelto mediante Resolución No. 0493 del 07 de febrero de 2017 que confirmó en todas y cada una de sus partes el acto administrativo recurrido. Folios 22 a 28, cuaderno principal.
7. Que para el año anterior a la fecha de retiro del servicio (13 de agosto de 2012) el demandante devengó asignación básica, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, prima de alimentación y horas extras. Folios 29 a 30, cuaderno principal, y folios 2 a 3, cuaderno no. 02.
8. Que según información allegada por profesional especializada del Macro Proceso Gestión de Talento Humano de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima los docentes, como el señor Luis Antonio Esquivel Ramírez, aportan para seguridad social sobre el sueldo y sobresueldo en caso de ser devengado. Folio 01 cuaderno n.02

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso de proceso, su autenticidad y veracidad no ha sido controvertida.

7. CASO CONCRETO

Ahora bien, verificados los anteriores presupuestos, y como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, es menester adentrarnos en el



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

fondo del asunto, siendo necesario traer a estudio las pretensiones incoadas por la apoderada de la parte actora, pues, la demanda está encaminada a lograr la reliquidación de la pensión de invalidez del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio y así quedó plasmado en la fijación del litigio en audiencia inicial; ahora, es necesario recalcar el punto mencionado pues en los alegatos de conclusión se evidencia que la togada solicita se revise la pensión reconocida a su poderdante pues fue liquidada en cuantía inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la época, y además, se tomó un porcentaje del salario base de liquidación inferior al debido según su pérdida de capacidad laboral. El Despacho considera pertinente aclarar que no tomará para estudio dichas pretensiones por cuanto éstas no hicieron parte del **petitum** demandatorio y, por lo tanto, no fueron incluidas en la fijación del litigio, frente al cual, el extremo actor no mostró inconformismo alguno.

Siendo así, sólo se estudiará lo pertinente a la inclusión de los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios.

Ahora, de conformidad con el acervo probatorio que milita en el expediente, se encuentra acreditado que LUIS ANTONIO ESQUIVEL RAMÍREZ nació el 16 de mayo de 1973, y se vinculó como docente el 30 de diciembre de 2003; que por enfermedad común tuvo una pérdida de capacidad laboral del 88,05% con fecha de estructuración 26 de mayo de 2009, por lo que fue retirado del servicio el 16 de agosto de 2012, misma fecha a partir de la cual se le reconoció una pensión de invalidez; lo que quiere decir que, para el momento en que consolidó su derecho pensional, cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, es decir, había cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su incapacidad; de ahí que, acreditados los requisitos, se reconoció a través de Resolución N°. 03275 del 21 de agosto de 2012 pensión de invalidez equivalente al 54% del salario básico devengado durante su historia laboral, por ser inferior a 10 años.

Que, en el periodo mencionado, según lo enunciado en el acto administrativo de reconocimiento, es decir, entre el 19 de enero de 2004 y el 26 de mayo de 2009, percibió e hizo cotizaciones sobre la asignación básica.

Puestas así las cosas, como quiera que el demandante pretende se reliquide su mesada pensional incluyendo en la base de liquidación la **prima vacacional, de navidad, horas extras, subsidio de alimentación y auxilio de transporte** por haber sido devengados en el año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio; se advierte que no es posible acceder a lo pretendido, por cuanto del análisis de los documentos obrantes en el expediente, se establece que para el año anterior a la adquisición del status pensional el actor, no indicó y mucho menos acreditó que se hubiere efectuado aportes al sistema general de pensiones respecto los conceptos salariales de **prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación y auxilio de transporte**; y tampoco estos se encuentran enlistados en el decreto 1158 de 1994 como factores para calcular aportes en pensiones.

En lo que atañe a las **horas extras**, es evidente que se trata de un factor salarial enlistado en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, y por tanto, hace parte de la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial; no obstante, dicha disposición prevé que las pensiones siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, y en el presente caso, a pesar que el actor acreditó haberlas devengado, no obra



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

prueba que permita inferir que el señor Esquivel Ramírez efectuó cotizaciones o aportes sobre dicho factor.

Al contrario, en el plenario a folio 01 del cuaderno N°. 02 existe prueba de oficio solicitada a la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Tolima en la que se manifiesta que los docentes como el señor Esquivel Ramírez, aportan para seguridad social sobre el valor del sueldo y sobresueldo si fuera pertinente; dicha prueba no fue controvertida en ningún momento por la apoderada de la parte actora y fue incorporada legalmente en audiencia de pruebas llevada a cabo el 28 de febrero de 2019 (folios 252 a 255, cuaderno principal).

Habida cuenta que el señor Luis Antonio Esquivel Ramírez pretende la inclusión de las horas extras a fin de obtener la reliquidación de la pensión de invalidez, es menester indicar que en aplicación del principio *onus probandi*² (art. 167 CGP), le correspondía acreditar que sobre el mentado factor efectuó cotizaciones durante el año anterior a su retiro definitivo del servicio, carga que no cumplió en el caso *sub examine*.

Es claro entonces que, no basta con haber devengado dichos factores de salario, sino que: 1) Deben estar enlistados en la disposición que gobierna la situación pensional de la actora, que como se indicó en precedencia, es el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994³; y 2) Debe acreditarse que sobre los mismos se efectuaron aportes al sistema de seguridad social.

De acuerdo con los planteamientos expuestos, y como quiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos acusados, se negarán las pretensiones de la demanda.

Finalmente, es pertinente precisar que si bien en el curso de la presente actuación se produjo un cambio jurisprudencial, el cual es acogido por este despacho, también lo es que, según lo ha reiterado la jurisprudencia, la variación de la postura

² Sobre la definición y alcance del principio de *onus probandi*, la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

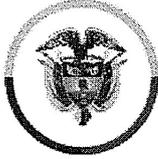
"A juicio de la Corte el principio del onus probandi como exigencia general de conducta prevista por el Legislador en el Código General del Proceso no se refleja como irrazonable ni desproporcionada. En efecto, responde a fines constitucionalmente legítimos: ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo.

Es también una carga adecuada para lograr esos mismos cometidos, si se tiene en cuenta que quien invoca un hecho lo hace –lo debe hacer– sobre la base de un conocimiento previo del mismo y por lo general dispone de algunos elementos mínimos para dar crédito a sus afirmaciones, en especial cuando pretende obtener algún beneficio de ellos; igualmente, contribuye eficazmente con el juez en su tarea de dilucidar la verdad, garantizar la primacía del derecho sustancial y resolver los litigios dentro de un término razonable (celeridad). Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras.

³ Este artículo dispone lo siguiente: "Art. 1º El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizada en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados".



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

que sobre un tema en particular efectúen las Altas Cortes, *per se*, no constituye, una trasgresión al debido proceso o el principio de confianza legítima.

8. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 24 de febrero de 2017, es claro que la parte demandante contaba con una expectativa razonable de que sus pretensiones prosperarían en aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. 0112-09. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; no obstante, ante el abrupto cambio jurisprudencial acaecido en el transcurso del proceso con ocasión de la expedición de las sentencias del 28 de agosto de 2018 emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, exp. 2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, y del 29 de abril de 2019 emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de cuya aplicación es preciso denegar las súplicas de la demanda en el asunto de ciernes; el despacho se abstendrá de emitir condena en costas en esta instancia, de conformidad con la directriz aplicada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima en casos similares.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en consonancia con los planteamientos señalados en parte considerativa del presente fallo.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FLABIO GENTILE MENDOZA QUINTERO
Juez

(M.M)