



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN NO. 700013333008-2017-00336-00
DEMANDANTE: CRISTINA DEL CARMEN CASTRO DAVILA
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”**

SENTENCIA ESCRITA

De conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

1. ANTECEDENTES.

a) Hechos.

La demandante Cristina del Carmen Castro Dávila nació el 25 de julio de 1953 y se vinculó a la docencia oficial desde el 23 de julio de 1975.

Mediante Resolución No. 0105 de 27 de febrero de 2009, la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”, reconoció pensión de jubilación a la actora, efectiva a partir del 26 de julio de 2008 – adquirió el estatus de pensionada el 25 de julio de 2008– y en cuantía de un millón trescientos setenta y un mil ochocientos diecisiete pesos (\$1.371.817).

Sostiene la actora, que en la liquidación de su pensión de jubilación no fueron incluidos todos los factores salariales que devengó durante el año de servicios anterior a su estatus de pensionada.

b) Pretensiones.

Declarativas:

Primera: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0105 del 27 de febrero de 2009, suscrita por el doctor Guillermo Castro Theran, Secretario de Educación Departamental de Sucre, en cuanto le reconoció la pensión de jubilación a la demandante y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del estatus de pensionado.

Segunda: Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 25 de julio de 2008, 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 estatus jurídico de pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de la demandante.

A título de restablecimiento del derecho:

Primera: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 25 de julio de 2008, 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 estatus jurídico de pensionada indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de la demandante.

Segunda: Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 0105 del 27 de febrero de 2009, suscrita por el doctor Guillermo Castro Theran, Secretario de Educación Departamental de Sucre, que reconoció la pensión de jubilación a la demandante.

Tercera: Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

Cuarta: Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Quinta: Que se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sexta: Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

Séptima: Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

Octava: Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985. Decreto 1045 de 1978.

Alega la parte actora que el acto acusado viola las disposiciones precitadas, lo que a juicio de este Despacho se enmarca en la causal de anulación de infracción de las normas sobre las cuales debía fundarse; en tal sentido, sostuvo que se quebrantaron las normas en comento, toda vez que la pensión de jubilación del actor, quien es docente y se vinculó con anterioridad a la Ley 812 de 2003, debió ser liquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios anterior a su estatus de pensionado, pero a pesar de ello no le tuvieron en cuenta la prima de vacaciones, con la prima de navidad y demás factores salariales.

d) Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG” no contestó la demanda, a pesar de haber sido notificada el 20 de junio de 2018 por correo electrónico¹ y de habersele remitido físicamente copia del auto admisorio de la demanda y el respectivo traslado el 21 de junio de 2018².

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso fue recibido en la Oficina Judicial el 16 de noviembre de 2017 y recibido este despacho el 17 de noviembre de 2017³. Mediante auto fechado 23 de abril de 2018⁴ se admitió la demanda y su reforma, el cual fue notificado a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado a través de correo electrónico adiado 20 de junio de 2018⁵. El 11 de septiembre de 2018 venció el término de traslado de la demanda y la parte demandada no la contestó pero el 27 de agosto de 2018 constituyó apoderados judiciales⁶. Mediante actuación procesal calendada 10 de octubre de 2018⁷, se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se realizó el día 29 de octubre de 2018⁸, donde no hubo lugar a saneamiento del proceso por no observarse irregularidades; no se decidieron excepciones previas; se fijó el sentido del litigio; la conciliación fue declarada fallida; no se decretaron pruebas, por lo que se resolvió tener como tales los documentos aportados con la demanda y prescindir del período probatorio; luego, se procedió a dar traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, quienes no lo hicieron debido a que no asistieron, y finalmente se resolvió dictar el sentido del fallo, denegando las pretensiones de la demanda.

3. PRUEBAS RECAUDADAS.

El 29 de octubre de 2018⁹, se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se tuvieron como pruebas los documentos aportados con la presentación de la demanda, a saber:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del demandante Cristina del Carmen Castro Dávila (Fl.16).

¹ Fl.31.

² Fl.32.

³ Fl.19.

⁴ Fls.25-26.

⁵ Fl.31.

⁶ Fls.33-36.

⁷ Fl.83.

⁸ Fls.89-91.

⁹ Ibidem.

2. Copia de la Resolución No. 0105 de 27 de febrero de 2009, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fls.17-18).
3. Copia de formatos únicos para la expedición de certificados de salarios, correspondientes a la actora y expedidos por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre (Fls.21-22).
4. Copia de certificados de tiempo de servicios, correspondientes a la actora y expedidos por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre (Fls.23-24).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes no asistieron a la audiencia inicial¹⁰, por lo cual no presentaron alegatos de conclusión.

5. CONSIDERACIONES.

Agotadas todas las etapas procesales, y como se reúnen todos los requisitos legales del debido proceso, sin que exista irregularidad que pueda conllevar a la configuración de una causal de nulidad, se procederá a estudiar el fondo del asunto.

Problemas jurídicos.

El problema jurídico principal se centra en determinar ¿El acto administrativo acusado está ajustados al ordenamiento jurídico o está incurso en la causal de anulación de infracción de las normas en que debía fundarse, invocada por la parte demandante?

Como problemas jurídicos asociados se tienen ¿Cuál es el régimen prestacional o pensional que se debe aplicar a la actora como docente y cuáles son los factores salariales que deben incluirse a efectos de liquidar su pensión de jubilación?

Tesis.

La tesis de la parte demandante es que debe declararse la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, debido a que a la actora le asiste el derecho a que se le incluyan todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

La tesis del Despacho es que se negarán las pretensiones establecidas dentro del libelo demandatorio, lo cual se sustenta en los siguientes argumentos:

¹⁰ Ibidem.

1. El régimen pensional aplicable a la demandante es el anterior a la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, el contenido en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989.

El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, por expreso mandato de esta ley; lo anterior, con base en lo siguiente:

La Ley 33 de 1985 consagró en su artículo 1º un régimen general de pensiones para el sector público, así:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)”

Luego, sería expedida la Ley 91 de 1989, cuyo artículo 15 reza:

“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:

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.

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, 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.

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 1. 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 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.”

Con posterioridad fue expedida la Ley 100 de 1993, que estableció un nuevo régimen general en pensiones, y su artículo 279 consagró:

«Artículo 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 exceptúa 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. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos

pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995)».

Después, fue promulgada la Ley 812 de 2003¹¹ que en su artículo 81 de dispuso:

“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.”

Seguidamente, el Acto Legislativo 01 de 2005 señaló expresamente en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

“Párrafo transitorio 1º. 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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

Conforme a las normas antes expuestas, se establece que el régimen pensional de los docentes está supeditado a si su vinculación fue antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 81 de la Ley 812 de 2003, tendiéndose dos eventos, a saber:

- a) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley 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.
- b) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, quienes deben ser 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.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se tiene que la demandante Cristina del Carmen Castro Davila se vinculó a la docencia oficial desde el 23 de mayo de 1975¹²; por adquirir el estatus de pensionado el 25 de julio de 2008¹³, la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG” – le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución No. 0105 de 27 de febrero de 2009¹⁴, dando aplicación al régimen pensional contenido en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989.

¹¹ Cuya vigencia prorrogó el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007.

¹² Información extractada de los considerandos de la Resolución No. 0105 de 27 de febrero de 2009, Fls.17-18 y certificado de tiempo de servicio visible a Fl.24.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Fls.17-18.

No hay duda, entonces, que el régimen pensional que cubre a la demandante es el previsto en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, como quiera que su vinculación fue anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

2. Los factores salariales que solicita la parte demandante sean incluidos en la liquidación de su pensión de jubilación no están previstos en la norma, y no acreditó que sobre los mismos haya realizado aportes.

A continuación, entra el Despacho a estudiar la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, con el objeto de establecer los factores salariales que deben incluirse en el IBL para liquidarle la pensión de jubilación a la actora.

La Ley 33 de 1985 en su artículo 1º consagró:

“Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (...)” (Subrayas fuera de texto)

Y en su artículo 3º, modificado por la Ley 62 de 1985, con relación a los factores salariales, estableció:

“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.”

Se tiene, entonces, que Ley 33 de 1985 señala que para efectos de calcular la pensión de jubilación se deben incluir todos los factores salariales que sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicios, los que enumera en su artículo 3, modificado por la Ley 62 de 1985.

Es pertinente acotar, que sobre los factores salariales que establece la Ley 62 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación dictada el 4 de agosto de 2010¹⁵ sostenía que los mismos no eran taxativos sino

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: Luis Mario Velandia y Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

que “están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”; no obstante, tal posición fue rectificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a través de sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018¹⁶, en la que consideró:

“A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”

Y, además, en esta última sentencia de unificación se concluyó:

“96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”¹⁷

En este punto, huelga señalar que la sentencia de unificación en comento indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por ello no los cobija la primera subregla establecida en tal fallo de unificación, según la cual a los beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 *ejusdem* se les aplica el inciso tercero del mismo, al considerar que la transición sólo versa sobre la edad y el tiempo de servicio más no sobre la forma de liquidar el ingreso base de liquidación; lo anterior, a juicio de este Despacho, no implica que a los docentes no se les aplique la segunda subregla fijada por el Consejo de Estado y que fue citada previamente,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. César Palomino Cortés. Providencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹⁷ Ibidem.

toda vez que la misma hace referencia a los factores salariales de que tratan las Leyes 33 y 62 de 1985, que viene a ser el régimen pensional que cobija a la actora, máxime si se tiene presente que en los casos de reliquidación pensional de docentes, para incluir factores salariales no enunciados en tales leyes, se recurría al precedente judicial establecido por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación dictada el 4 de agosto de 2010, el cual fue rectificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de tal corporación en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018.

Entonces, siguiendo la línea de pensamiento trazada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia en cita, se arriba a la conclusión que los factores salariales que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora son aquellos previstos en la norma y sobre los que haya realizado aportes o cotización.

Ahora bien, solicita el extremo demandante se incluyan todos los factores salariales que devengó durante al año anterior a la adquisición de su estatus de pensionada, los cuales no fueron tenidos en cuenta en la Resolución No. 0105 de 27 de febrero de 2009.

Al revisar la Resolución No. 0105 de 27 de febrero de 2009, se tiene que para liquidar la pensión de jubilación de la demandante, se incluyeron la asignación básica y la prima de vacaciones; y durante el año anterior a su estatus de pensionada, devengó asignación básica, prima de vacaciones y de navidad¹⁸.

Entonces, se tiene que a la actora no le incluyeron la prima de navidad, lo que a juicio de este Despacho es acertado, en atención a que las Leyes 33 y 62 de 1985 no prevén tal concepto como factor salarial.

Adicionalmente, cabe señalar que si bien la demandante probó que percibió la prima de navidad durante el año anterior a haber adquirido su estatus de pensionado, lo cierto es que no acreditó haber cotizado sobre la misma.

En cuanto a la carga de la prueba, el artículo 167 del Código General del Proceso, establece:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso

¹⁸ Fl.21.

antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Y sobre el particular, el H. Consejo de Estado en providencia del 5 de julio de 2018¹⁹, manifestó:

“Sin embargo, como puede advertirse, el aspecto en últimas, más que de las reglas de la carga de la prueba, se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico²⁰. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.”

Es decir, que corresponde a cada una de las partes vinculadas al proceso demostrar los supuestos de hecho sobre los cuales se sustentan, en el caso de la parte demandante sus pretensiones, y en el caso de la parte demandada su defensa; por lo cual, debió la parte demandante demostrar que se le hubieran realizado descuentos o se hubieran realizado aportes o cotizaciones por factores distintos a los que le fueron reconocidos en el acto administrativo demandado y que estuvieran contemplados en la norma.

3. No está probada la causal de anulación invocada contra el acto administrativo acusado.

La parte actora alegó que el acto administrativo demandado está incurso en la causal de anulación de infracción de las normas en que deberían fundarse, la cual está prevista en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su inciso segundo reza:

*“Procederá cuando hayan sido expedidos **con infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o 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.” (Negritas fuera de texto.)*

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado No. 05001-23-31-000-2002-01526-01(44131).

²⁰ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.968, p. 312.

En atención a lo expuesto en acápites precedentes, el Despacho concluye que el acto administrativo acusado no está incurso en causal de anulación de infracción de las normas sobre las cuales debían soportarse, debido a que la parte actora no acreditó que en la liquidación de su pensión de jubilación no le hayan tenido en cuenta factores salariales sobre los que realizó aportes y que estén previstos en la norma.

Por otra parte, observa el Despacho que a folios 37 a 50 del expediente obra memorial presentado el 28 de septiembre de 2018 por la apoderada judicial de la parte demandante, solicitando que no se dé aplicación a la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el H. Consejo de Estado, por cuanto el presente proceso fue radicado bajo el precedente judicial constituido por la sentencia de unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Manifestó, además, que existe una transgresión de los derechos de los pensionados por la aplicación restrictiva de las reglas que impone dicha jurisprudencia, la cual ha sobrepasado en sentido estricto los principios del derecho laboral, constitucional y administrativo, así como los precedentes jurisprudenciales, y que en el ejercicio de los operadores judiciales se estudia e interpreta, pues la sapiencia del ejercicio jurisdiccional se da en cada decisión y no solo en atender un lineamiento por un superior jerárquico, ya que debe esbozar porqué ese lineamiento puede o no estar acorde al caso concreto, en virtud de la autonomía judicial.

Respecto a la solicitud de la parte demandante, se tiene que en cuanto a los efectos de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado en dicha providencia estableció:

“113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

Por lo anterior, es claro que las reglas allí establecidas son de carácter vinculante y obligatorio, y que deben aplicarse en forma retrospectiva, por lo cual debe aplicarse a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; y cuya única excepción, es para aquellos casos en los que haya operado la cosa juzgada, motivo por el cual no puede acceder el Despacho a la solicitud presentada.

Así mismo, a folios 51 a 82 del expediente, se encuentra memorial de fecha 9 de octubre de 2018, mediante el cual la apoderada judicial de la parte demandante aporta copias de la sentencia de tutela de fecha 27 de septiembre de 2018, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, y de la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2018, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila; respecto de dichos fallos, manifiesta que el Consejo de Estado estableció que la pensión de jubilación de los docentes no pertenece al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, por haber sido exceptuados de su aplicación, y por ende no están cobijados por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Sobre el particular, para este Despacho no son de recibo los argumentos esbozados por la parte actora, en primer lugar porque el proceso ordinario del que trata la sentencia de tutela aportada fue fallado el 30 de junio de 2017 en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Pereira -es decir bajo los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010-, sentencia que posteriormente fue revocada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, negando con ello las pretensiones de la demanda. En segundo lugar, si bien el Consejo de Estado resolvió dejar sin efecto la providencia del Tribunal y le ordenó proferir un nuevo fallo, dicha orden obedeció a que el mencionado Tribunal invocó al momento de tomar la decisión los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU 395 de 2017, y con ello desconoció el precedente sentado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Por ello, se tiene que lo anterior no aplica para el caso concreto, por cuanto el Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, rectificó la posición que se había sostenido en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Como quiera que se han resuelto los problemas jurídicos planteados, procede el Despacho a resolver lo pertinente a la condena en costas, concluyendo que se

condenará a la parte actora al pago de las costas procesales, las que se tazarán por Secretaría de acuerdo a lo contemplado en el artículo 188 del C.P.A.C.A, y se fijarán las agencias en derecho en un 4% de las pretensiones de la demanda, tal como lo contempla Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido el 05 de agosto de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura.

Recapitulando, no se accederá a las pretensiones de la demanda en atención a: **i)** el régimen pensional aplicable a la demandante es el anterior a la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, el contenido en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989; **ii)** los factores salariales que solicita la parte demandante sean incluidos en la liquidación de su pensión de jubilación no están previstos en la norma, y no acreditó que sobre los mismos haya realizado aportes, y **iii)** no está probada la causal de anulación invocada contra el acto administrativo acusado.

Por lo expuesto el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora CRISTINA DEL CARMEN CASTRO DAVILA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, conforme a lo expresado en la parte considerativa.

SEGUNDO. Condénese en costas al demandante, por Secretaría tásense de acuerdo a lo contemplado en el artículo 188 del C.P.A.C.A; fíjense las agencias en derecho en un 4% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido el 05 de agosto de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, si la misma no es apelada, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE LORDUY VILORIA
Juez