

Señores:
H. CONSEJEROS DE ESTADO (REPARTO)
E. S. D.

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA – VÍA DE HECHO
Accionante: **JUDITH GUTIERREZ LEAL**
C.C. N° 24.623.763

Accionado: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-SALA DE DECISIÓN-

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ, abogada en ejercicio, mayor de edad y vecina de Manizales, identificada con Cédula de Ciudadanía N° 52.492.389 de Bogotá y Portadora de la Tarjeta Profesional de Abogada N° 130.851 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y Representación de la señora **JUDITH GUTIERREZ LEAL**, previamente facultada por el artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, mediante el presente escrito manifiesto que interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS –SALA DE DECISIÓN-** por violación flagrante de los derechos fundamentales de la poderdante al **DEBIDO PROCESO, ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E IGUALDAD POR SOMETERLA A UN RÉGIMEN PRESTACIONAL QUE NO LE CORRESPONDE**, incurriendo el fallador en defecto material o sustantivo por la indebida interpretación de la norma que regula la materia (artículo 15 Ley 91 de 1989) y por desconocer en su sentencia, normas que contienen expresas prohibiciones legales sobre la aplicación del régimen pensional de la accionante, tales como el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2003, reiteradas por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, existiendo así causales de procedibilidad de la acción de tutela, por lo tanto solicito, señor juez, que previo el procedimiento correspondiente, se amparen los Derechos Fundamentales Constitucionales invocados.

Lo anterior, conforme los siguientes:

HECHOS

1. La señora **JUDITH GUTIERREZ LEAL**, ingresó al servicio de la docencia oficial desde el día **28 DE ABRIL DE 1986** y al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos en la Ley, accedió al reconocimiento y pago de la Pensión de Jubilación a la cual tenía pleno derecho.
2. Mediante Resolución N° 5439-6 del 19 de Julio de 2017, le fue reconocida y pagada la mentada prestación, misma que se liquidó teniendo en cuenta la Asignación Básica, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones y Bonificación Mensual, desestimándose la **Prima de Servicios** igualmente devengada en el año de consolidación del derecho a la pensión.
3. Por lo anterior y teniendo en cuenta la decantada y unificada jurisprudencia favorable del H. Consejo de Estado, al momento de la presentación de la demanda, respecto del reconocimiento y pago de los factores salariales devengados por el docente en el año de consolidación del derecho pensional, mi representada accedió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a reclamar su derecho.

4. Obteniendo en primera instancia fallo desfavorable por parte del **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, en fecha 06 de Noviembre de 2019, quien procedió a negar las súplicas de la demanda, conforme al cambio jurisprudencial que sobre la materia de IBL pensional docente emitió el H. Consejo de Estado el día 25 de Abril de 2019.
5. Mediante sentencia del 12 de Abril de 2021, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS –SALA DE DECISIÓN- CONFIRMÓ** el fallo impugnado teniendo en cuenta la mencionada sentencia de unificación del H. Consejo de Estado del 25 de Abril de 2019, además indicó que la prima de servicios solicitada por el demandante estaba regida por el Decreto 1545 de 2013, que en su artículo 5° precisa que la misma no es procedente para efectos de liquidar el ingreso base para la pensión.

CONSIDERACIONES QUE RESPALDAN LA INCONFORMIDAD

Es preciso indicar que en el presente asunto, existe una evidente vulneración de los Derechos Fundamentales de la accionante al **DEBIDO PROCESO, ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E IGUALDAD**, por claro desconocimiento e inaplicación del régimen pensional que le corresponde, por omitir normas que contienen expresas prohibiciones acerca del mencionado régimen y además con ocasión del abrupto cambio jurisprudencial por parte del **H. CONSEJO DE ESTADO** en sentencia del 25 de Abril de 2019, el cual posee unos argumentos que lesionan gravemente los derechos fundamentales de la aquí demandante, quien se vio sorprendida de manera brusca frente a la reclamación de sus derechos laborales, relacionados con la reliquidación de su pensión de jubilación, derecho al cual accedieron la mayoría de docentes que se encontraban en idéntica situación fáctica y jurídica que la de mi representada.

Se resalta en este punto, que frente al nuevo criterio jurisprudencial, no existió cambio o modificación en las normas que rigen la materia, razón por la cual, oponemos nuestro acatamiento por considerar que trasgrede fehacientemente los derechos laborales de los maestros oficiales cuyo ingreso se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y que venían siendo reliquidados conforme la Ley 91 de 1989 y el concepto de salario aceptado por nuestra C.P. y por los tratados internacionales de la OIT ratificados por Colombia, en el sentido de que el salario lo constituyen todos aquellos rubros que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios.

Por lo anterior es preciso que este Juez Constitucional **REVOQUE** las decisiones proferidas en primera y segunda instancia por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que está probado en el proceso que la demandante es una docente que ingresó al Magisterio oficial el día **28 DE ABRIL DE 1986**, es decir que su régimen prestacional es el previsto en la Ley 91 de 1989, razón por la cual en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se realizó de manera expresa la siguiente aclaración:

(...)

*La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁰. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.***

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ

ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDAD Y DAÑO RESARCIBLE UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CARRERA 24 No. 22-02 OFICINA 406 EDIFICIO PLAZA CENTRO TEL 8801280 CEL. 3147993628
MANIZALES- CALDAS.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

"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:

[...]

*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 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 [...]"*

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

"ARTÍCULO 81. 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 [...]"

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

*"[...] **Parágrafo transitorio 1°.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el*

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ

ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDAD Y DAÑO RESARCIBLE UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CARRERA 24 No. 22-02 OFICINA 406 EDIFICIO PLAZA CENTRO TEL. 8801 280 CEL. 3147993628
MANIZALES- CALDAS.

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".

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

Conforme a lo anteriormente aclarado por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de Agosto de 2018, resulta sorpresivo que esta misma Corporación haya emitido la sentencia del 25 de Abril de 2019, en un claro intento de forzar la voluntad clara e inequívoca del legislador a través de las normas anteriormente citadas, en perjuicio de los derechos prestacionales de los docentes nombrados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fecha hasta la cual, no existía confusión sobre el régimen pensional que los cobijaba y sobre el IBL a tener en cuenta en su liquidación pensional, (Ley 91/89), así entonces es importante resaltar que en el fallo del 25 de Abril de 2019, se indicó de manera desacertada y contradictoria a la luz del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2013, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se encontraban cobijados para efectos de sus prestaciones económicas y sociales por la Ley 33 de 1985, por expresa remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, mismo artículo que como se indicó en precedencia no contiene vacíos normativos que permitan remisión a otros mandatos legales para efectos de calcular el IBL de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 01 de enero de 1981, pues expresamente indica que dicha prestación se liquida con el 75% del salario mensual promedio del último año, pauta legal que no admite interpretación distinta a la que enmarca el concepto de salario aceptado por nuestra C.P. y por los tratados internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

No existiendo así razón jurídica ni vacío normativo que permita remitirse o aplicar un régimen diferente a este trabajador para efectos de liquidar su pensión. Se infiere entonces que las sentencias proferidas en primera instancia por el **Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales y por el Tribunal Administrativo de Caldas –Sala de Decisión-** se encuentran viciadas de nulidad por la indebida interpretación de la norma (artículo 15 Ley 91 de 1989) y por el flagrante desconocimiento de otras, tales como (artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2003), lo cual conllevó a trasladar a la docente a un régimen prestacional equivocado que desfavorece sus derechos laborales, pues se insiste que el régimen que la cobija para efectos de liquidar el IBL pensional, no es otro que el contemplado en la Ley 91 de 1989, mismo que nítidamente indica que la pensión de jubilación de los docentes nombrados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, debe liquidarse con base en el 75% del salario mensual promedio del último año, expresión que de inmediato impide la remisión a otras normas.

Así, sigue razonando la alta Corporación, en la sentencia del 25 de Abril al momento de arribar al caso concreto:

a. Régimen aplicable

2. En el presente caso lo primero que la Sala debe tener en cuenta, es la fecha de vinculación de la señora Abadía Reynel Toloza al servicio oficial docente, que de acuerdo con lo probado en el proceso, fue el **25 de agosto de 1976**.

3. Según esta fecha, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

✓ Teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, la señora Abadía Reynel Toloza, era docente nacionalizada.

✓ De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

✓ La demandante en su condición de docente nacionalizada vinculada al Fomag, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1989, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989."

Interpretación que resulta apresurada e indebida, en tanto, como ya se analizó, debido a las expresas prohibiciones legales contenidas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2003, reiteradas por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, siendo claro este último en determinar que:

"[...] Parágrafo 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".

Es claro que la norma no da lugar a equívocos ni a interpretaciones diferentes, sino a que el régimen pensional de mí prohijada, es el establecido para el Magisterio en las normas vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, que no es otro que el contemplado en la Ley 91 de 1989, que **reguló integralmente la materia relativa a las prestaciones sociales del magisterio**, pues de haber sido otra la intención del legislador se hubiera establecido que estos docentes se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, pero allí no los incluyó, sino que más bien los apartó de manera clara y expresa.

Así las cosas, no se puede pretender destinar el alcance de un régimen (Ley 33/85), para quienes están expresamente excluidos de su aplicación, en virtud de normas que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y mucho

menos intentar aplicarlo de manera fraccionada, cuando no existe vacío normativo que así lo requiera, pues proceder de tal manera, sin duda lesiona gravemente los derechos fundamentales de la accionante al **DEBIDO PROCESO, ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E IGUALDAD** por indebida interpretación de la norma y aplicación de un régimen pensional expresamente prohibido por el legislador, además de existir una clara violación de las Libertades y los Derechos consagrados en la Convención Americana, cual es la protección judicial y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, es importante advertir que el artículo 45, literal h) del Decreto-Ley 1045 de 1978 al cual remitió la Ley 91 de 1989 incluye como factor salarial para liquidar pensiones la mencionada *prima de servicios*, solicitada por la demandante, lo cual desvirtúa el argumento del a quo frente a que ésta se debía desestimar por estar regida por el Decreto 1545 de 2013 y cuyo artículo 5º precisaba que sólo era considerada factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

En este punto es importante referirnos a las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y para ello citaremos la SENTENCIA T-198/18 -ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Referencia: Expediente T-6.520.084 - Magistrada sustanciadora: **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** - Bogotá, D. C., veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018). - SALA SEXTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, que abordó de manera acertada dicho tema, así:

"Causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales"

10. Frente a las causales especiales de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela.

*Así las cosas, la jurisprudencia entendía que existían básicamente tres defectos, el sustantivo, el procedimental y el fáctico; sin embargo, producto de una labor de sistematización sobre la materia, en la **sentencia C-590 de 2005** se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:*

- Defecto orgánico** que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.
- Defecto procedimental absoluto** que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- Defecto fáctico** que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.
- Defecto material o sustantivo** que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos de la providencia y la decisión adoptada.
- El error inducido** que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ

ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDAD Y DAÑO RESARCIBLE UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CARRERA 24 No. 22-02 OFICINA 406 EDIFICIO PLAZA CENTRO TEL 9801280 CEL. 3147993628
MANIZALES- CALDAS.

- **Decisión sin motivación** que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.
- **Desconocimiento del precedente** que se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos casos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad de trato ante autoridades judiciales.
- **Violación directa de la Constitución** que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como documento plenamente vinculante y con fuerza normativa.

En el presente caso reclamamos la presencia de un defecto material o sustantivo por la indebida interpretación de la norma que regula la materia (artículo 15 Ley 91 de 1989) y por desconocer el fallador en su sentencia, normas que contienen expresas prohibiciones legales, sobre la aplicación del régimen pensional del accionante, tales como el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2003, reiteradas por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005.

DERECHOS FUNDAMENTALES INFRINGIDOS

1.) DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA

"El derecho a acceder a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que "no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso". Sentencia C-1195/01.

La Corte Constitucional ha señalado que con ocasión del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, una persona puede tener que asumir deberes procesales que acarreen el soportar cargas necesarias, útiles o pertinentes para el correcto desarrollo de un proceso judicial, siendo indispensable además, para que la carga se tenga por constitucional, que sea razonable y proporcionada, para lo cual se ha de evaluar, entre otras cosas: (i) si la limitación o definición normativa persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la definición normativa propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin estimado, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada.

Sentencia C- 807 de 2009. Magistrada Ponente Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

2.) DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

"...La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ

ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDAD Y DAÑO RESARCIBLE UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CARRERA 24 No. 22-02 OFICINA 406 EDIFICIO PLAZA CENTRO TEL. 880 1 280 CEL. 31 47993628
MANIZALES- CALDAS.

la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas". (H. Corte Constitucional - Sentencia C-341/14 - Bogotá, D.C., 4 de junio de 2014).

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El artículo 86 de la Constitución dice que la acción de tutela es un medio de defensa judicial de los derechos fundamentales cuando "resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". Los jueces son autoridades públicas, y algunas de sus acciones toman la forma de providencias. Por lo tanto, según el propio texto de la Carta, si con una providencia se amenazan o violan derechos fundamentales, la acción de tutela es procedente para solicitar la protección de los mismos.

En sentencia **T-084 de 2010**, el Honorable tribunal Constitucional hace un interesante examen al respecto;

"La interpretación vinculante del sentido de la sentencia C-543 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), es la que efectúa la Corte Constitucional por vía de autoridad en el control de las leyes. De ese modo, debe señalarse que en la referida sentencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional no adoptó una resolución en términos absolutos y categóricos. Por el contrario, matizó sus alcances al prever casos en los cuales la acción de tutela puede prosperar para cuestionar actuaciones cuya juridicidad es apenas aparente, porque en realidad implican una 'vía de hecho'. Al respecto, dijo la Sala Plena en la referida sentencia:

"(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia."

La tutela contra providencias judiciales no quedó descartada en esa sentencia. Al contrario, en ese fallo se ha fundado la ulterior y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, expedida en pronunciamientos remotos y recientes, tanto de su Sala Plena como de sus Salas de Revisión de tutelas. Así, por ejemplo, pueden mencionarse las siguientes sentencias de la Sala Plena en las cuales se han tomado decisiones con

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ

ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDAD Y DAÑO RESARCIBLE UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CARRERA 24 No. 22-02 OFICINA 406 EDIFICIO PLAZA CENTRO TEL 8901280 CEL. 3147993628
MANIZALES-CALDAS.

fundamento en la doctrina de acuerdo con la cual es posible interponer tutela contra providencias judiciales: C-037 de 1996, C-038 de 2000, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002 y, más adelante, en la sentencia C-590 de 2005. También lo han reiterado las diversas Salas de Revisión de tutela, y desde el comienzo, por ejemplo en las sentencias T-079 y T-158 de 1993, en las cuales consideró que por violación del derecho fundamental al debido proceso, debían ser revocadas sendas providencias judiciales, que le ponían fin a procesos jurisdiccionales ordinarios. En esa misma dirección, en la sentencia T-173 de 1993, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, la Corte consideró que:

"la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho."

Por todo lo expuesto en precedencia, realizo las siguientes:

PETICIONES

1. Amparar los Derechos Fundamentales invocados a través de la presente acción de tutela por la señora **JUDITH GUTIERREZ LEAL**, tales como **DEBIDO PROCESO, ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E IGUALDAD**, por incurrir el fallador en un defecto material o sustantivo por la indebida interpretación de la norma que regula la materia (artículo 15 Ley 91 de 1989) y por desconocer el fallador en su sentencia, normas que contienen expresas prohibiciones legales, sobre la aplicación del régimen pensional de la accionante, tales como el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2003, reiteradas por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005.

2. Se Ordene por parte de este H. Juez Constitucional la Nulidad de los fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en fechas 06 de Noviembre de 2019 y 12 de Abril de 2021, por indebida interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por desconocimiento de normas que contienen expresas prohibiciones legales respecto del régimen pensional aplicable a la accionante, todo ello en obediencia de la desafortunada sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el día 25 de Abril de 2019, y en su lugar **ORDENAR** que se emita una nueva providencia que se ciña a lo establecido en la Ley 91 de 1989, régimen aplicable a la docente de acuerdo a sus condiciones laborales, probadas en el proceso.

PRUEBAS

PRUEBAS DOCUMENTALES:

1. Poder debidamente otorgado para actuar (Folios 1).
2. Copia C.C. del docente (Folios 1).
3. Copia Simple de los fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en primera y segunda instancia (Folios 16)

PRUBAS DECRETADAS:

Pido a Usted señor Juez de Amparo, **SOLICITAR** de considerarlo necesario, el expediente administrativo de la accionante que reposa en los archivos del **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, bajo el radicado N° **17-001-33-39-006-2018-00464-00**, en aras de la búsqueda de la verdad y garantía de la efectividad de los derechos fundamentales.

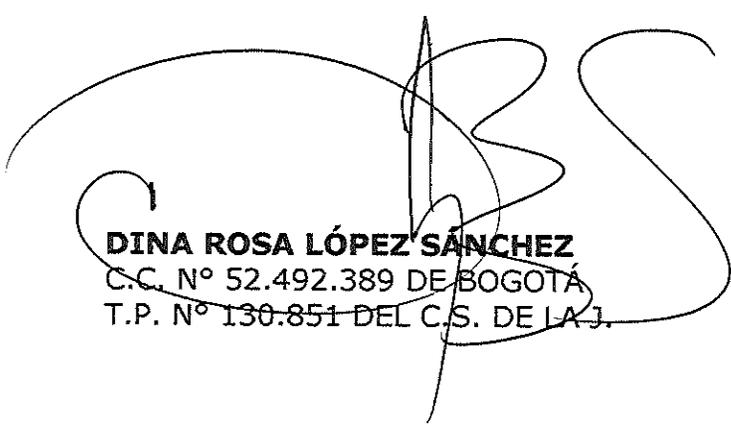
REQUISITO ADICIONAL

Conforme a lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he instaurado otra Acción de Tutela con fundamento en los mismos hechos.

DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

La suscrita y mi representada Recibiremos notificaciones en la Secretaría de su H. Corporación o en la Carrera 24 No. 22-02, Oficina 406, Edificio Plaza Centro, Teléfono 8801280. MANIZALES - CALDAS. Correo electrónico dina.abogada@hotmail.com

Del H. Consejero de Estado,



DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ
C.C. N° 52.492.389 DE BOGOTÁ
T.P. N° 130.851 DEL C.S. DE LA J.



**HONORABLE
CONSEJO DE ESTADO
E. S. D.**

JUDITH GUTIERREZ LEAL, mayor de edad domiciliada o en el Municipio de Chinchina, identificada con la C.C. N° 24.623.763 DE CHINCHINA, a ustedes con todo respeto manifiesto que **CONFIERO PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE** a la Dra. **DINA ROSA LOPEZ SANCHEZ**, identificado con la C.C No. 52.492.389 de Bogotá y T.P. No. 130.8511 del C.S.J. para que en mi nombre y representación, Presente **ACCION DE TUTELA**, en contra del **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MANIZALES Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, por violación flagrante de los derechos fundamentales de la poderdante al **DEBIDO PROCESO y ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR EL CONSEJO DE ESTADO.**

Queda facultada mi apoderada para: Presentar la respectiva acción de tutela, solicitar, aportar, practicar toda clase de pruebas, interponer toda clase de recursos, incidentes inclusive de tacha de falsedad o de autenticidad, recibir, desistir, transigir, conciliar, sustituir, revocar sustituciones, reasumir y en fin de todas aquellas facultades que otorga la Ley y que sean necesarias e inherentes para el cabal cumplimiento de este **MANDATO**.

Solicito se reconozca personería a mi **APODERADA** en los términos y facultades del presente poder.

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto ante el Sr. Juez que no he presentado otra acción de Tutela por estos mismos hechos ante ninguna otra entidad judicial.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 806 de 2020 se indica la dirección electrónica de mí apoderada: dina.abogada@hotmail.com

Cordialmente,

Judith Gutierrez Leal.
JUDITH GUTIERREZ LEAL
C.C. No. 24.623.763 DE CHINCHINA

ACEPTO:

[Signature]
DINA ROSA LOPEZ SANCHEZ
C.C. No. 52.492.389 DE BOGOTÁ
T.P. No. 130.851 DEL C.S.J.

NOTARÍA PRIMERA DE MANIZALES

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMA Y CONTENIDO Verificación Biométrica Decreto-Ley 019 de 2012

Manizales, 2021-06-17 10:13:12

El suscrito notario Primero del Circulo de manizales. certifica que el compareciente:

GUTIERREZ LEAL JUDITH C.C. 24623763



8bwmr



a quien personalmente identifiqué, y manifestó: Que el contenido de este documento es cierto y que la firma en él puesta es suya. El compareciente solicitó y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad cotejando sus huellas digitales y datos biográficos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Ingrese a www.notariaenlinea.com para verificar este documento. PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE

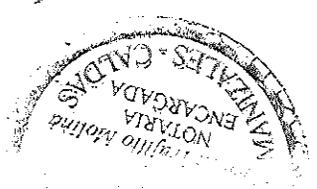
x Judith Gutierrez leal.

FIRMA.

**NOTARIA PRIMERA (E) DEL CÍRCULO DE MANIZALES
CARMEN TRUJILLO MOLINA**



9



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE MANIZALES

Manizales, seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA: 326/2019
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUDITH GUTIÉRREZ LEAL
DEMANDADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS.
RADICADO: 17-001-33-39-006-2018-00464-00

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a emitir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES.

PRIMERA. *Se declare la nulidad absoluta del Acto Administrativo - Resolución No. 7070-6 del 15 de agosto de 2019, expedida por LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS, mediante la cual se niega el AJUSTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE MI PODERDANTE POR NO HABERSE INCLUIDO TODOS LOS FACTORES SALARIALES DE LA PENSION DE JUBILACION, quedando así AGOTADA LA VIA GUBERNATIVA.*

SEGUNDA. *Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 30 DE ABRIL DE 2017, fecha en que adquirió el status de pensionada, teniendo en cuenta la Prima de Servicios y las demás a que tenga derecho devengadas en dicho periodo.*

TERCERA. *Que como consecuencia de la Declaración de Nulidad del acto administrativo antes descrito, se ordene como Restablecimiento del Derecho, el Reconocimiento y Pago del reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 30 DE ABRIL DE 2017, fecha en que adquirió el status de pensionada, teniendo en cuenta la Prima de Servicios y las demás a que tenga derecho devengadas en dicho período, así mismo se ordene reajustar dicha prestación a partir de la fecha de retiro del servicio de la docente, esto es, 13 de mayo de 2016, incluyendo la Prima de Servicios y demás a que tenga derecho, a fin de que la mesada pensional actual no sufra ninguna desmejora.*

CUARTA. *Que se condene a la parte demandada al pago de la Indexación e Intereses a que haya lugar de acuerdo al artículo 195 del C.P.A.C.A.*

QUINTA. *Que se condene a la parte demandada al Cumplimiento del Fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los arts. 192 y SS del C.P.A.C.A.*

SEXTA. *Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso (...).*

2.2. HECHOS.

En razón a lo argumentado por la parte actora en la demanda y del material probatorio allegado se tiene que:

- Que el accionante laboró al servicio de la docencia y cumplió los requisitos establecidos por la ley, por lo cual le fue reconocida una Pensión de Jubilación mediante Resolución No. 5439 del 19 de julio de 2019, como se observa a folio 12 y vto. del cartulario.
- Que para la liquidación de dicha prestación se tuvo en cuenta como factores salariales el sueldo mensual, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la Bonificación Mensual, sobre un porcentaje del 75% en cuantía de \$2.690.904.

2.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE TRANSGRESIÓN.

Acto legislativo 01 de 20025, arts. 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Nacional, art. 3, 9, 49, 44, 47, 50 y s.s. del Código Contencioso Administrativo; Ley 91 de 1.989 art. 15; Ley 60 de 1993 art. 6º; Ley 100 de 1993 art. 279; Ley 115 de 1994 art. 115 y Ley 813 de 2003 art. 81.

En síntesis, luego de exponer las razones asociadas a la vulneración de las normas constitucionales invocadas; estima que no le era aplicable a su pensión de jubilación los dictados de la ley 812 de 2003, sino la normativa anterior, por lo que consideró que deben ser incluidos los todos los factores salariales devengados, acudiendo para el efecto a apartes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado que estima pertinentes sobre el particular.

2.4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

- La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO /fl 36 a 40 vto./: afirmó como ciertos todos y cada uno de los hechos de la demanda y manifestó su oposición a las pretensiones esgrimidas por la actora argumentando que en materia pensional debe sujetarse a lo que se encuentra determinado en la ley 91 de 1989.

Señaló además que de conformidad con las disposiciones contenidas en las leyes 6ª de 1945, 33 de 1985, 71 d 1988 y 91 de 1989 y en los decretos 1162 de 1989 y 3752 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de jubilación los docentes deben cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios, y de este modo adquieren el estatus de pensionados y en consecuencia, el derecho a devengar una mesada pensional equivalente al 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes en el último año de servicio anterior a la fecha de estatus.

Formuló las siguientes excepciones: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN COBRO DE LO NO DEBIDO”, “PRESCRIPCIÓN DE MESADAS” y “RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA”.*

- El DEPARTAMENTO DE CALDAS /fls. 56 a 61/: presentó oposición a las pretensiones de la demanda para lo cual adujo que el Decreto 1545 de 2013 no contempla la prima de servicios como factor salarial en la liquidación de la pensión de jubilación.

Argumentó además que el acto administrativo de reconocimiento pensional fue proyectado por la Secretaría de Educación y aprobado por la entidad fiduciaria encargada de dicho pago.

Finalmente presentó como medio de defensa, las siguientes excepciones: *“FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, “BUENA FE” y “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”.*

16

2.5. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

Tal y como se observa a folio 73, el traslado de las excepciones formuladas por la parte demandada, fue realizado entre los días 1º al 5 de agosto del presente año, oportunidad dentro de la cual la parte demandante no emitió pronunciamiento alguno.

2.6. TRÁMITE PROCESAL

El escrito de la demanda fue radicado el día 24 de septiembre de 2018, siendo admitida el 6 de noviembre de 2018 (fls. 22-23). Dicho auto junto con la demanda y los anexos fueron notificados en debida forma a la entidad accionada y a los demás sujetos procesales intervinientes (fls. 29 a 35). Ulteriormente, se surtieron todas las etapas procesales sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado

2.7. ETAPA DE ALEGACIONES (En Audiencia Inicial)

- **PARTE DEMANDANTE:** Se ratifica en los hechos expuestos en la demanda. Solicita que en caso de que se emita sentencia en su contra no se condene en costas.
- **MINISTERIO DE EDUCACIÓN:** solicita al Despacho se aplique la sentencia del 25 de abril de 2019 emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, a partir de la cual se determinó que a los docentes del magisterio vinculados con anterioridad a la expedición de la ley 812/2003, se les debe aplicar la ley 62 de 1985 siempre que se hayan realizado aportes sobre los factores allí previstos.
- **DEPARTAMENTO DE CALDAS:** reitera los argumentos expuesto en la contestación de la demanda. Señala además que la Secretaría de Educación realizó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante de conformidad con la normativa vigente al momento de causación. Adujo que en sentencia de unificación abril 14 de 2019 el Consejo de Estado ratificó su postura en la aplicación de las reglas para la liquidación de las prestaciones sociales de los docentes, según la cual no procede la inclusión de la prima de servicios. Deprecia se nieguen las pretensiones y se condene en costas.
- **MINISTERIO PÚBLICO:** Haciendo alusión a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 y realiza un recuento de los puntos precisados por la Sección Segunda de dicha Corporación, concluye que, en caso de reclamar el docente factores salariales percibidos en el último año de servicios que no se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, se deberán negar las pretensiones de la demanda, en

tanto no constituyen base de liquidación de los aportes y por tanto no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión. Finalmente agrega que en caso de que los actos de reconocimiento de la pensión incluyan factores que no estén contenidos en la mencionada ley, se deberá seguir la regla dispuesta en la sentencia de unificación ya mencionada, en el sentido de que el acto administrativo conserva su validez en la medida en que no puede afectar el derecho reconocido a los demandantes, en efecto los actos acusados no pueden ser modificados en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control, ello a fin de no afectar derechos y principios constitucionales, como lo son, del debido proceso, confianza legítima y tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

- AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO: No actúa.

3. CONSIDERACIONES

Persigue la parte demandante, en ejercicio del medio de control consagrado en el precepto 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se declare la nulidad absoluta de la No. 7070-6 del 15 de agosto de 2018, emitida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora JUDITH GUTIÉRREZ LEAL.

3.1. PROBLEMA JURÍDICO.

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

¿LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA DEMANDANTE DEBE SER REAJUSTADA CON UN I.B.L. QUE INCLUYA TODOS LOS FACTORES SALARIALES POR ELLA DEVENGADOS DURANTE EL AÑO ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL ESTATUS DE PENSIONADA?

3.2. COMPENDIO PROBATORIO.

- Resolución No. 5439-6 del 19 de julio de 2017 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN” por parte de la Secretaría de Educación Departamental /fl. 12 y vto./.
- Escrito contentivo de la “SOLICITUD REVISIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES (PRIMA DE SERVICIOS)” presentado por el accionante ante el Fondo de Prestaciones Sociales el Magisterio /fl. 13 y 14/.

- Resolución No. 7070-6 del 15 de agosto de 2018 "POR MEDIO DE LA CUAL SE NIEGA UNA SOLICITUD DE AJUSTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN A JUDITH GUTIÉRREZ LEAL" (fl. 16 y vto)
- Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral No. 1585 /fl. 17 y 18/.
- Formato Único para la expedición de certificado de salarios No. 1585 /fls. 19 y 20/.

3.3. EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES ESTÁ A CARGO DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.

Previo a resolver el fondo del asunto, es menester pronunciarse sobre la excepción de 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA' propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

Argumenta el ente territorial accionado que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones del sector docente, labor que realiza a través de la Fiduprevisora; razón por la cual considera que no le asiste ningún tipo de responsabilidad en cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas, para resolver este medio exceptivo, ha de remitirse el Despacho a las obligaciones en materia prestacional del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la racionalización de los trámites establecidos para su reconocimiento. En efecto por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

La mencionada ley en su artículo 4, dispuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio atendería las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la

¹ Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

19

fecha de la promulgación de la referida Ley, y de los que se vinculen con posterioridad a ella, indicando de contera en su artículo 5 numeral 1, que el objetivo de dicho Fondo es el de "Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado".

Entre tanto, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994, por la cual creó el estatuto general de educación, señaló que las "prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente". Disposición que sería reiterada por la Ley 962 de 2005 que en el artículo 56², que en lo relativo al trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, dispuso:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

Por su parte, el decreto 2831 de 2005, estableció que para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la radicación de la solicitudes debe efectuarse ante las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas a las cuales pertenezca el docente, en este sentido sus artículos 2 y 3 establecen:

"ARTÍCULO 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en

² Reglamentada por el decreto 2531 de 2005.

20

forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces." (...)

Con sustentáculo en la anterior relación normativa, se colige de manera diáfana que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el legislador, en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, consagrados en el artículo 288 de la Carta Política, sin que pueda desvirtuarse con fundamento en la racionalización de los trámites, el hecho que sea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el encargado de reconocer y pagar los derechos prestacionales del personal del magisterio, sin perjuicio de que sea la entidad territorial correspondiente la que en nombre y representación de dicho fondo expida los actos administrativos que reconocen o niegan dichas prestaciones, razón por la cual se dará por probada la excepción arriba enunciada, propuesta por el Departamento de Caldas.

3.4. RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE, SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL.

La Ley 91 de 1989, estableció el régimen pensional especial aplicable al ramo docente y en su artículo 15 dispuso:

"...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:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o 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..."

(Letra subrayada y en negrillas del Despacho)

El régimen pensional establecido en la citada Ley 91 de 1989 resulta aplicable en su integridad a la señora JUDITH GUTIÉRREZ LEAL; lo anterior, al observar que la ley 100 de 1993 que consagró el sistema general de seguridad social en salud y pensiones excluyó de su aplicación al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En efecto el inciso 2° del artículo 279 de la mencionada ley 100 dispone:

"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...". *(Letra subrayada por el Despacho)*

Esta excepción fue reiterada para los docentes que se encontraran afiliados a dicho fondo al 27 de junio de 2003, mediante la Ley 812 de 2003 que en su artículo 81 estableció:

"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..." *(Letra subrayada por el Despacho)*

En este orden de ideas, es claro que a la demandante por hallarse afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 según se vislumbra del acto de reconocimiento pensional (fl.12); le era aplicable para la liquidación de su pensión de jubilación lo establecido por el citado artículo 15 de la ley 91 de 1989, es decir, la aplicación de una tasa de remplazo del 75% sobre un ingreso base de liquidación equivalente al promedio del salario devengado durante el último año de servicios.

3.4.1. FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA CÓMPUTO DEL SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN.

A fin de determinar qué factores salariales deben ser incluidos dentro del "salario mensual promedio del último año"³, dado que la citada ley 91 de 1989 no los establece, empero sí señala que "Estos pensionados gozarán del régimen

³Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal B.

vigente para los pensionados del sector público nacional”, resulta pertinente traer a colación el Decreto Ley 1045 de 1978 que dispuso;

“...Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968...”*

La anterior disposición junto con el precepto 3º inciso 2º de la Ley 33/85 han sido ampliamente estudiadas por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, órgano que ha sido uniforme en señalar que los factores salariales no se encuentran enlistados de manera taxativa en la normativa aplicable, sino que, por el contrario, su inclusión atiende a una indicación meramente enunciativa, razón por la cual el cómputo de la liquidación de la pensión de jubilación ha de realizarse incluyendo la totalidad de los factores salariales que hayan sido efectivamente devengados por el servidor público durante el año de servicios previo a la adquisición del estatus pensional. En efecto el H. Consejo de Estado dispuso⁴:

“...De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, sentencia 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (012-09).

efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones...

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio."
(Subraya y negrilla del Despacho)

Así, en armonía con la jurisprudencia en cita, se concluía por parte de esta célula judicial en anteriores pronunciamientos, que el ingreso base de liquidación para el cálculo del monto pensional a que tenía derecho el accionante debía incluir, además del sueldo mensual, los demás factores de salario percibidos durante su último año de servicios, así dichos rubros no se fueran incluidos para dicho fin por el citado Decreto Ley 1045.

3.5. NUEVA POSTURA DEL DESPACHO, DE ACUERDO CON LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 25 DE ABRIL DE 2019⁵

En reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado, dicha Corporación aclaró que la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. CESAR PALOMINO CORTES, Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, del 25 de abril, Expediente: 68001233000201500569-01, Radicado Interno: 0935-2017

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no constituye un precedente jurisprudencial frente al régimen pensional de los docentes, sin embargo precisa, que en la mencionada sentencia se fijó una subregla en lo relativo a los factores salariales a tener en cuenta bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, indicando:

"(...)

29. *La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia⁶, así como la primera subregla, "no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989⁷. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición".*

30. *La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 "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".*

(...)

32. *La segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, en el sentido*

⁶Cita de cita: La regla jurisprudencial que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sobre el IBL en el régimen de transición fue la siguiente: "El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985". Para liquidar el IBL al grupo de beneficiarios del régimen de transición, el Consejo de Estado fijó dos subreglas: "La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

[...]

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. [...] 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".

⁷ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]".

que solo se incluyen aquellos sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, es una norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010⁸.

33. La postura interpretativa que adoptó la Sección Segunda sobre la inclusión de la totalidad de los factores salariales en la base de liquidación, se ha aplicado al resolver los casos sobre pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que han consolidado su estatus pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

34. En este orden de ideas, la Sala debe definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989. (Subraya del Despacho)

Procedió en consecuencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a realizar el estudio de los factores salariales a tener en cuenta para los docentes nacionales o nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fecha de vinculación fuera anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, así como aquellos vinculados con posterioridad a esta, siendo útil para el presente caso, traer a colación las siguientes consideraciones:

“(…)

46. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁹, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985¹⁰.

47. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: “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

⁸ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., 4 de agosto de 2010, Radicación Número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: Luis María Velandía, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

⁹ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

¹⁰ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

26

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”.

48. *El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.*
49. *Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. (Resalta el Despacho)*
50. *El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”¹¹.*
51. *En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1° de la Ley 62 de 1985.*
52. *Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación*

¹¹ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

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

por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (Subraya el Despacho).

Se concluye entonces por parte de este Despacho, de acuerdo con el precedente jurisprudencial ya relacionado, que para los docentes nacional o nacionalizados cuya vinculación haya sido a partir del 1º de enero de 1981, los factores salariales a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de su pensión, por remisión de la Ley 91 de 1989, son los enlistados en la Ley 62 de 1985, norma que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, criterio que asumirá esta célula judicial atendiendo a que la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado dispuso sobre su obligatorio acatamiento.

3.6. CASO CONCRETO

De las pruebas allegadas al expediente se tiene que mediante Resolución No. 5439-6 del 19 de julio de 2017 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas actuando en nombre y representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, reconoció y pagó una Pensión de Vitalicia de Jubilación a la accionante incluyendo como factor salarial adicional a la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la bonificación mensual con un 75% sobre el IBL.

Igualmente se advierte que la actora deprecia en la demanda el reajuste del monto reconocido en la pensión de jubilación, incluyendo el 75% de todos los factores salariales que asevera devengó en el año anterior al momento de alcanzar el estatus jurídico de pensionada, entre los cuales se encuentra la prima de servicios.

Empero, de conformidad con la postura jurisprudencial del Consejo de Estado asumida en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se tiene que con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, fueron exceptuados del régimen de transición, siéndoles aplicable el régimen general de pensiones dispuesto en la Ley 33 de 1985, modificada en su artículo 3º por la Ley 62 de 1985 en su artículo 1º, que dispuso:

“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."

Por lo anterior, teniendo en cuenta que el emolumento que pretende la accionante le sea incluido en la base de liquidación de su pensión y que se encuentra acreditado con el certificado de salario allegado con la demanda, esto es la "Prima de Servicios"; no se encuentra dentro de los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985; no pueden ser considerado a efectos de reliquidar la pensión devengada por la parte actora.

Corolario de lo expuesto, habrá de negarse en su totalidad las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS.

Por el cambio de postura asumida por el Despacho sustentado en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, no se condena en costas.

Por lo expuesto, el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" formulada por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora JUDITH GUTIÉRREZ LEAL en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: Sin condena en COSTAS.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia. LIQUÍDENSE los gastos ordinarios del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y

ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema "Justicia Siglo XXI".

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme al artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BIBIANA MARÍA LONDOÑO VALENCIA
JUEZ

**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

La anterior providencia se notificó por **ESTADO No. 183**, el día 07/11/2019

MARCELA PEÑA CUERVO
Secretaria

30

Notificación SENTENCIA 2018-464

Juzgado 06 Administrativo - Caldas - Manizales <jadmin06mzl@notificacionesrj.gov.co>

Jue 7/11/2019 7:56 AM

Para: PROCURADURÍA (procjudadm179@procuraduria.gov.co) <procjudadm179@procuraduria.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; dina.abogada@hotmail.com <dina.abogada@hotmail.com>; mineducacion (notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co) <notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co>; Calderon Rodriguez Julio Cesar <t_jccalderon@fiduprevisora.com.co>; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co <procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co>; gobernación de caldas (sjuridica@gobernaciondecaldas.gov.co) <sjuridica@gobernaciondecaldas.gov.co>; didarragao@hotmail.com <didarragao@hotmail.com>

📎 1 archivos adjuntos (303 KB)

6 SENT- 2018-00464- GUTIÉRREZ VS MINEDUCACIONyDPTO.doc;

RAMA JUDICIAL**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**

Manizales, siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN: 17001-33-39-006-2018-00464-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE JUDITH GUTIERREZ LEAL
DEMANDADO: NACIÓN – MIN EDUCACIÓN - FOMAG

A efecto de notificarle la sentencia proferida dentro del proceso la referencia, le remito adjunto archivo que contiene providencia del 6 de NOVIEMBRE de 2019. (original firmado reposa en el expediente). Lo anterior, de conformidad con el Inciso 1 del Artículo 203 del C.P.A.C.A.

Cordialmente,

MARLY JINEHT BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ
CITADORA

AVISO IMPORTANTE: Esta dirección de correo electrónico jadmin06mzl@notificacionesrj.gov.co es de uso único y exclusivo de envío de notificaciones, todo mensaje que se reciba no será leído y automáticamente se eliminara de nuestros servidores, apreciado usuario si tiene alguna solicitud por favor comuníquese a la siguiente línea telefónica: 8879640 ext 11144 o envíenos un correo electrónico a la siguiente dirección: admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía



Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante: Judith Gutiérrez Leal
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG - Gobernación de Caldas
RADICACIÓN: 17001-33-39-006-2018-00464-02
Acto judicial: Sentencia 043

Manizales, doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La demandante pensionada docente solicita que se reliquide la pensión con inclusión de todos los factores percibidos el año anterior al estatus, en especial la prima de servicios. El juzgado negó las pretensiones, porque en la liquidación se reconocieron los factores estipulados en la Ley 62 de 1985. La sala confirma decisión de primera instancia.

§02. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **JUDITH GUTIÉRREZ LEAL**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de la pensión docente con todos los factores percibidos el último año anterior al estatus¹

§02. Se pretende la nulidad absoluta de la **Resolución 7070-6 del 15 de agosto de 2018** suscrita por la secretaría de educación de la gobernación de Caldas, en cuanto negó la solicitud de la reliquidación de la pensión de la parte demandante incluyendo todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al.

¹ (Exp D 1.).

32

§03. Solicitó que a título de restablecimiento del derecho se condene a la **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG** le reliquide la pensión a partir del 30 de abril de 2017, equivalente al 75% de promedio de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, incluyendo la prima de servicios.

§04. Describió que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial por más de veinte años y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para el reconocimiento de la pensión de jubilación, mediante **Resolución 5439 del 19 de julio de 2017** pero la base de liquidación pensional no incluyó la prima de servicios devengada por el docente en dicho periodo.

§05. Solicitó la reliquidación de la pensión con inclusión de esta prima de servicios, la cual fue negada mediante la **Resolución 7070-6 de 2018**.

§06. Consideró como normas violadas las siguientes normas: los artículos 15 de la Ley 91 de 1989, 6 de la ley 60 de 1993, 279 de la Ley 100 de 1993; 115 de la Ley 115 de 1994, y la Ley 812 de 2003.

§07. Como concepto de violación precisó que por haber sido vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Y conforme a esta norma se le debe liquidar la pensión con todos los factores salariales percibidos el último año al estatus.

1.2. Contestaciones

1.2.1 De la gobernación de Caldas

§08. Se opuso a las pretensiones. Solo aceptó los hechos relacionados con los actos administrativos señalados en la demanda.

§09. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** (i) **Falta de legitimación en la causa por pasiva**, porque las prestaciones sociales de los docentes le corresponde al FOMAG y la secretaría de educación solo tiene un papel de darle trámites a las solicitudes; (ii) **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y buena fe**, porque solamente pueden tenerse en cuenta en la liquidación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores determinados en la leyes 33 y 62 de 1985; (iii) **caducidad**, en razón a que debió demandarse el acto que concedió la pensión; y (iv) **prescripción**, para que se aplique en caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

1.2.2 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO²

§10. Se opuso a las pretensiones. Negó los hechos de la demanda, argumentando que se atenderá a lo que resulte debidamente demostrado.

² (fls. 32 a 36 c1).

§11. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** (i) **inexistencia de la obligación - cobro de lo no debido**, porque la parte demandante no tiene derecho a que se le reliquide la pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año de retiro; (ii) **prescripción**, en caso de que se reconozcan las pretensiones; y (iii) **genérica**.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones de la demanda³

§12. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones:

“PRIMERO: Declárese probada la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” formulada por el DEPARTAMENTO DE CALDAS

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora JUDITH GUTIÉRREZ LEAL, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

TERCERO: Sin condena en COSTAS (...)”

§13. Determinó como problemas jurídicos el siguiente:

¿LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA DEMANDANTE DEBE SER REAJUSTADA CON UN I.B.L. QUE INCLUYA TODOS LOS FACTORES SALARIALES POR ELLA DEVENGADOS DURANTE EL AÑO ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL ESTATUS DE PENSIONADA?

§14. Señaló que para los docentes nacional o nacionalizados cuya vinculación haya sido a partir del 1° de enero de 1981, los factores salariales para tener en cuenta en el ingreso base de liquidación de su pensión son los enlistados en la ley 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989.

§15. Indicó que el Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación el 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos factores salariales enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado, dentro de los cuales no está la prima de servicios que solicita la parte demandante.

§16. Consideró que para el caso concreto la pensión de jubilación de la parte actora había sido liquidada correctamente, incluyendo los factores legales correspondientes.

1.4. La parte demandante apeló para que se acceda a las pretensiones ⁴

³ (Exp c. 1)

⁴ (Exp c. 1)

34

§17. Solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, teniendo en cuenta que la accionante ingresó al magisterio el 5 de mayo de 1986. De esta manera, su régimen prestacional es el previsto en la ley 91 de 1989, y no el previsto en la Ley 812 de 2003, por estar excluidos los docentes vinculados antes de la entrada en vigor de la última ley mencionada del régimen de seguridad social integral según el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

§18. De esta manera, debe reliquidarse la pensión conforme a los dictados de la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

1.5 Actuación segunda instancia y alegatos

§19. Mediante auto del 21 de agosto del 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.⁵

§20. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la parte demandada y la Procuraduría presentaron alegatos y el concepto, respectivos.

§21. La Agencia y la entidad accionada solicitaron que se tenga en cuenta las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), y solo se tengan en cuenta los factores salariales percibidos el año anterior al estatus por los que se hubieren hecho aportes, según la Ley 62 de 1985.

§22. El Ministerio Público hizo un estudio jurisprudencial, normativo y de las pruebas allegadas, por lo que consideró que conforme a la última unificación jurisprudencial solo se pueden tener en cuenta en la liquidación de la parte docente, los factores señalados en la Ley 33 de 1985, por lo que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§23. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁶.

2.2. Problema Jurídico

§24. ¿Tiene derecho la parte demandante a que le sea reliquidada la pensión ordinaria de jubilación, con inclusión de todos los factores percibidos el último año anterior al estatus, incluyendo la prima de servicios?

⁵ (fl. 1 cdno 2)

⁶ http://www.secretariasenado.gov.co/scnado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

2.3. Lo demostrado en el proceso

§25. La demandante nació el 30 de abril de 1962, y fue vinculada al servicio educativo el 5 de mayo de 1986, donde ha permanecido a la fecha de adquisición del estatus, el 30/04/2017.

§26. Que mediante la Resolución 539-6 del 19 de julio de 2017 el FOMAG reconoció una pensión a favor de la señora JUDITH GUTIÉRREZ LEAL en cuantía de \$2.690.904, equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio al retiro, a partir del 01 de mayo de 2017, donde tuvo como factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación mensual.⁷

§27. Mediante la Resolución 7070-6 del 15 de agosto de 2018 se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores.

§28. Certificado de salarios percibidos en los años 2016 y 2017, en la cual consta que devengó los siguientes elementos salariales: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docente, bonificación mensual docentes y prima de servicios.⁸

2.4. Fundamentos jurídicos

2.4.1. La pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en rigor de la Ley 812 de 2003 se rige por la ley 33 de 1985 y los factores a tenerse en cuenta son los previsto en la ley 62 de 1985 devengados el último año.

§29. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019⁹, sentó jurisprudencia en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al respecto determinó:

“62. 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 tener en cuenta 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:

⁷ (Exp 1 002 anexos).

⁸ (f. 25 c1)

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC), <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscaador-jurisprudencia/>

36

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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. 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 1° 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.

§30. Por lo que la pensión de jubilación docente para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se debe calcular sobre los factores salariales, en los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

2.4.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§31. La Honorable Corporación, en el pronunciamiento jurisprudencial de unificación antes citado, refiere a la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación docente en cuanto a factores y periodo, esto teniendo en cuenta el contenido normativo previsto en la Ley 33 de 1985, al cual refirió:

37

“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 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.”

§32. De esta manera, la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, que se rigen por la Ley 33 de 1985, se liquida el ingreso base de liquidación con el periodo del último año de servicios.

2.4.2. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§33. La citada sentencia de unificación expresamente señaló que se aplica de forma retrospectiva, o sea, a los asuntos que se encuentran pendientes de decisión judicial, por lo que no se vulnera el principio de confianza legítima respecto de las demandas presentadas con base en interpretaciones anteriores:

“Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “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”.

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en 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.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia."

§34. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia efectuó un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al Problema Jurídico

§35. Analizando el recuento fáctico se tiene que la demandante laboró al servicio educativo como docente departamental por más de 20 años, se reconoció el derecho pensional mediante la **Resolución 5439-6 del 19 de julio de 2017**¹⁰. Se tuvieron en cuenta los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación mensual.¹¹

§36. Según la constancia expedida por el FOMAG la parte actora devenga en el último año antes del estatus pensional: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docente, bonificación mensual docentes y prima de servicios.¹²

§37. Conforme a las pruebas obrantes, la demandante ingresó al servicio educativo el 5 de mayo de 1986, antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, lo que es aplicable para el reconocimiento pensional recurrir a la Ley 33 de 1985.

§38. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de régimen general de pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1994, respecto a los factores base de cotización para tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985¹³.

§39. Respecto a la **prima de servicios** devengada el último a la fecha del estatus por la parte demandante, está regida por el Decreto 1545 de 2013. En el artículo 5 precisa que es factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, por lo que no es procedente su inclusión dentro del ingreso base para la pensión.

Todos los devengados en el caso de consolidación al derecho pensional.

¹⁰ (Exp. 1)

¹¹ (Exp 1 002 anexos).

¹² (f. 25 c1)

¹³ ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que provean 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.

art. 45, literal h) Decreto-Ley 1045/38 al cual venió la ley 891/85 incluye como factor salarial x liquidar pensiones la prima de servicios

39

§40. En cuanto a los demás factores tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión de la parte demandante, como no son motivo de debate en este proceso, no se abordará la pertinencia de su inclusión.

§41. Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia y no acceder a las pretensiones de la demanda.

6. Costas en esta instancia

§42. En cuanto a las costas de segunda instancia, como se modifica la sentencia por un cambio jurisprudencial, y la demanda no fue interpuesta con manifiesta carencia de fundamento jurídico, por lo que no se condenará en costas, según los artículos 188 del CPACA y 47 de la Ley 2080 de 2021.

§43. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§44. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

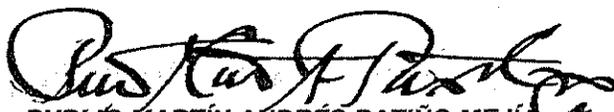
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **JUDITH GUTIERREZ LEAL**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase copia de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados


PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

40


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Magistrado (Encargado Despacho Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 064
FECHA: 19/04/2021

41

Notificación Sentencia 2° Instancia Rad. 2018-00464-02

Tribunal Administrativo 06 - Caldas - Manizales <tadmin06cld@notificacionesrj.gov.co>

Lun 19/04/2021 8:22 AM

Para: projudadm29@procuraduria.gov.co <projudadm29@procuraduria.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; dina.abogada@hotmail.com <dina.abogada@hotmail.com>; dinarosa2@hotmail.com <dinarosa2@hotmail.com>; Gustavo Adolfo Amaya Zamudio <notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co>; sjuridica@gobnaciondecaldas.gov.co <sjuridica@gobnaciondecaldas.gov.co>; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co <procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co>; DIDARRAGAO@HOTMAIL.COM <DIDARRAGAO@HOTMAIL.COM>; Manrique Palacios Ana Maria <t_amanrique@fiduprevisora.com.co>

1 archivos adjuntos (292 KB)

Sentencia2° 2018-464 Judith Gutierrez Leal Vs Fomag.pdf;

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
M.P PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**

En la fecha me permito Informar a usted (es) que por estado electrónico **Nº 064 del 19/04/2021**, en el proceso Radicado **17001-33-39-006-2018-00464-02**, se comunica providencia en el mencionado expediente.

Dicha publicación se encuentra en el portal de la Rama Judicial cumpliendo con la norma que exige la ley 1437 de 2011, para visualizar el contenido del estado puede remitirse al siguiente link;

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-caldas/206>

Se anexa la providencia en mención en formato PDF.

**Tribunal Administrativo de Caldas
Secretaría**

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.