

Señores:

H. CONSEJEROS DE ESTADO (REPARTO)

E. S. D.

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA – VÍA DE HECHO
Accionante: **MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL**
C.C. N° 6.689.924

Accionado: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MONTERÍA Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA -
SALA CUARTA 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 del señor **MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL**, 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 QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MONTERÍA Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA –SALA CUARTA DE DECISIÓN-** por violación flagrante de los derechos fundamentales del poderdante al **DEBIDO PROCESO, ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E IGUALDAD POR SOMETERLO A UN RÉGIMEN PRESTACIONAL QUE NO LE CORRESPONDE** en calidad de beneficiario de una Pensión de Jubilación docente Post-Mortem, 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 causante, 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. Mediante **Resolución N° 17202 del 19 de Agosto de 2010**, le fue reconocida y pagada al señor **MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL** Pensión de Jubilación Post-mortem, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge **MARIA AUXILIADORA PIZARRO MEOLA (QEPD)**, quien se había desempeñado en el ramo docente, la prestación mencionada se liquidó teniendo en cuenta solamente la Asignación Básica, desestimándose los demás factores salariales devengados en el año de consolidación del derecho a la pensión.
2. 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 (**23 de Enero de 2017**), respecto del reconocimiento y pago de los factores salariales devengados por la causante en el año de consolidación del derecho a la pensión, mi representado en calidad de beneficiario post-mortem accedió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a reclamar su derecho.

3. Obteniendo en primera instancia fallo desfavorable de fecha 23 de Julio de 2020, proferido por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA**.
4. Mediante sentencia del 22 de Abril de 2021, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA –SALA CUARTA DE DECISIÓN-CONFIRMÓ** el fallo del a quo, aplicando la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado del 25 de Abril de 2019.

CONSIDERACIONES QUE RESPALDAN LA INCONFORMIDAD

Es preciso indicar que en el presente asunto, existe una evidente vulneración de los Derechos Fundamentales del 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 correspondía a la docente-causante, 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 del accionante en calidad de beneficiario de la pensión de jubilación post-mortem, quien se vio sorprendido de manera brusca frente a la reclamación de sus derechos, relacionados con la reliquidación de la pensión de jubilación post-mortem, derecho al cual accedieron la mayoría de docentes que se encontraban en idéntica situación fáctica y jurídica que la de la causante, **MARÍA AUXILIADORA PIZARRO MEOLA (QEPD)**.

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 reliquidadas sus pensiones conforme la jurisprudencia del 04 de Agosto de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado, en armonía con 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 este caso por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que está probado en el proceso que la *docente-causante* ingresó al Magisterio oficial desde el día **15 DE MARZO DE 1978**, es decir que su régimen prestacional fue el previsto en la Ley 91 de 1989, razón por la cual en la 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.

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 parágrafo 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 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".*

4

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.

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 sorprendente 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 2003, 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 antes 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 este caso por la jurisdicción de lo contencioso administrativo 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 - causante para efectos de liquidar el IBL pensional a un régimen prestacional inapropiado (Ley 33/85) en el que anteriormente no había resistencia a su aplicación, dada la favorable y garantista interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 04 de Agosto de 2010, la cual se alineaba con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y con 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**, así se insiste que el régimen que cobija a la docente-causante para el mencionado efecto, no es otro que el contemplado en la Ley 91 de 1989, ya 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 para calcular el IBL pensional.

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 desatinada, 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 docente, 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 registrarían 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 fragmentada, cuando no existe vacío

normativo que así lo requiera, pues proceder de tal manera, sin duda lesiona gravemente los derechos fundamentales del 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.

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.
- 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 de la docente, 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.

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 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

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.

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 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 el señor **MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL** en calidad de beneficiario de la pensión de jubilación post-mortem de la docente **MARÍA AUXILIADORA PIZARRO MEOLA (QEPD)** tales como **DEBIDO PROCESO, ACCESO REAL Y EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E IGUALDAD**, por incurrir los falladores de instancia 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 normas que contienen expresas prohibiciones legales, sobre la aplicación del régimen pensional de la docente, 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 **23 de Julio de 2020 y 22 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 docente-causante y por desconocimiento del concepto de salario aceptado por nuestra C.P. y por los tratados internacionales de la OIT ratificados por Colombia y en su lugar **ORDENAR** que se emita una nueva providencia que se cña a lo establecido en la Ley 91 de 1989 respecto del IBL pensional, régimen aplicable al docente de acuerdo con sus condiciones laborales, probadas en el proceso.

PRUEBAS

PRUEBAS DOCUMENTALES:

1. Poder debidamente otorgado para actuar (Folios 1).
2. Copia C.C. del accionante (Folios 1).
3. Copia Simple de los fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en primera y segunda instancia (Folios 10).

PRUBAS DECRETADAS

Pido a Usted señor Juez de Amparo, **SOLICITAR** de considerarlo necesario, el expediente administrativo del accionante que debe reposar en los archivos del **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA**, bajo el radicado N° **23.001.33.33.005.2017.00040**, en aras de la búsqueda de la verdad y garantía de la efectividad de los derechos fundamentales.

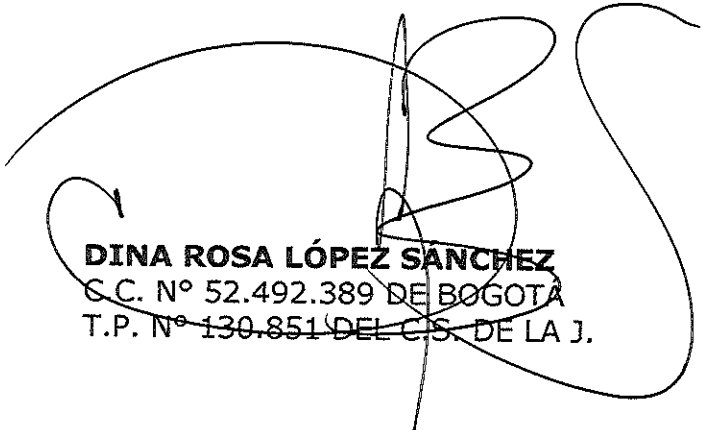
REQUISITO ADICIONAL

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 abogada y mi representado 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.

DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ



Abogada Especialista en Derecho Administrativo de las personas y sus organizaciones.
Universidad Estacional de Colombia

HONORABLE
CONSEJO DE ESTADO

E. S. D.

MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL, mayor de edad domiciliado en Córdoba, identificado con la C.C. N° 6.589.924 DE MOMIL, 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 QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERIA Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA**, 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**.



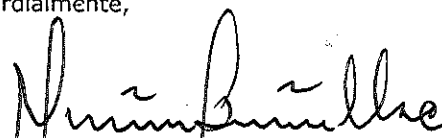
Queda facultada mi apoderada para: Presentar la respectiva acción de tutela, solicitar, aportar, practicar toda clase de pruebas, interponer toda clase de recursos, incidentes inclusive de tacha de falsedad o de autenticidad, recibir, desistir, transigir, conciliar, sustituir, revocar sustituciones, 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.

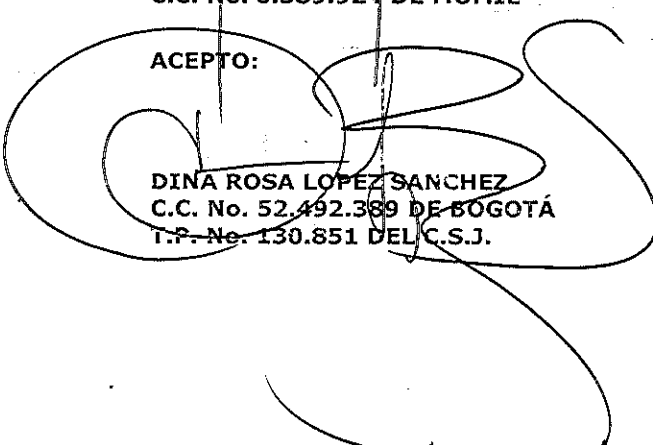
Bajo la gravedad del juramento, manifiesto ante el Sr. Juez que no he presentado otra acción de Tutela por estos mismos hechos ante ninguna otra entidad judicial.

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

Cordialmente,


MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL
C.C. No. 6.589.924 DE MOMIL

ACEPTO:


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



DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



2920834

En la ciudad de Purísima, Departamento de Córdoba, República de Colombia, el veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021), en la Notaría Única del Círculo de Purísima, compareció: MANUEL SEBASTIAN PADILLA CAFIEL, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 6589924, presentó el documento dirigido a CONSEJO DE ESTADO y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

----- Firma autógrafa -----



drzp4y37wz1w
25/05/2021 - 09:27:25



Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

LUIS ARTURO HERRERA LOPEZ

Notario Único del Círculo de Purísima, Departamento de Córdoba

Consulte este documento en www.notariasegura.com.co
Número Único de Transacción: drzp4y37wz1w



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, veintitrés (23) de julio del año dos mil veinte (2020)

SENTENCIA

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente N°: 23 001 33 33 005 2017 00040.
Demandante: Manuel Sebastián Padilla Cefiel
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM y Departamento de Córdoba

Objeto de la decisión

Vista la nota secretarial que antecede, procede el Despacho a dictar sentencia en primera instancia dentro del presente proceso interpuesto bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del señor Manuel Sebastián Padilla Cefiel contra la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM y el Departamento de Córdoba, previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

- 1.1 Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. 001459 de diez (10) de julio de 2015, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba – Oficina Coordinadora de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión Post-Mortem, evadiendo los argumentos jurídicos expuestos en la petición de fecha once (11) de septiembre de 2014. ✓
- 1.2 Que se declare la nulidad absoluta del acto ficto o presunto, surgido por la falta de respuesta frente al recurso de reposición radicado el día cinco (5) de agosto de 2015. ✓
- 1.3 Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 17202 del diecinueve (19) de agosto de 2010, por medio de la cual se reconoció pensión Post – Mortem al demandante, en atención a que no se tuvieron en cuenta los factores salariales devengados en la fecha de consolidación del derecho a la pensión.
- 1.4 Que a título de restablecimiento del derecho se ordene la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la causante y el ajuste de la sustitución pensional, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado y momento de adquirir la sustitución pensional, a saber: prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores devengados.
- 1.5 Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del artículo 336 del Código Civil y la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que reviso la pensión de jubilación de la causante y la sustitución pensional.
- 1.6 Que se ordene a la entidad demandada que sobre las sumas canceladas mediante Resolución No. 17202 del diecinueve (19) de agosto de 2010, se le reconozca, liquide y paguen los reajuste consagrados en la ley 71 de 1988.
- 1.7 Que se condene al pago de la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la ley 1437 de 2011.
- 1.8 Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que se profiera, y al pago de las costas y gastos del proceso en los términos de los artículos 171 y 192 del CPACA.

Fundamentos fácticos.

Aduce el apoderado que la causante, prestó sus servicios a la educación pública oficial por más de veinte años, y al cumplir los requisitos de edad y tiempo exigidos en la ley, la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba, profirió la Resolución No. 17202 de diecinueve (19) de agosto de 2010, por medio de la cual reconoció y pagó la pensión Post-Mortem a favor del demandante. Indica que la entidad demandada, al momento de determinar la cuantía de la pensión Post-Mortem en la resolución de reconocimiento, incluyó solamente el salario básico mensual devengado y desestimo los demás factores salariales devengados y certificados durante el año

14

inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, tales como la prima de navidad, prima de vacaciones y demás a tuviese derecho.

En consecuencia, indica que el día once (11) de septiembre de 2014, el demandante presentó petición ante la Secretaría de Educación de Córdoba, solicitando la revisión de la pensión Post-Mortem a fin de que se incluyeran la totalidad de los factores salariales y se indexaran las sumas debidas. Que posteriormente, el día diez (10) de julio 2015 la entidad le notificó la Resolución No. 001459 de 10 de julio de 2015, negando la revisión de la pensión Post- Mortem, y que en atención a tal negativa, el día cinco (5) de agosto de 2015, a través de apoderada interpuso recurso de reposición contra la aludida resolución, el cual no fue resuelto, dando lugar al surgimiento del acto ficto o presunto.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. Admisión de la demanda.

La demanda fue admitida mediante providencia de fecha veintisiete (27) de febrero de 2017¹.

2. Contestación.

Departamento de Córdoba² Se opuso a todas las pretensiones presentadas y propuso como excepciones las siguientes: i) **falta de legitimación en la causa por pasiva**: Indica que para el caso concreto, esta completamente demostrado que la entidad encargada de manejar los recursos de los docentes que se encuentran afiliados al FNPSM es dicho fondo. Que la Gobernación de Córdoba no le corresponde el reconocimiento e pensiones y mucho menos de reliquidación de los docentes afiliados al FNPSM, y que en caso que el demandante tuviese derecho a que se le reliquide su pensión, sería el FNPSM la entidad llamada a responder, ii) **inexistencia del derecho reclamado**: Aduce que, como el docente adquirió el estatus de pensionado el dieciocho (18) de mayo de 2006, la norma aplicable es el Decreto 3752 de 2003 y ley 812 de 2003. En consecuencia solo se le tiene que tener en cuenta al momento de liquidar la pensión la base de cotización, y el último salario devengado, iii) **prescripción de reajuste de mesadas pensionales**: Afirma que el acto administrativo por medio del cual se reconoció la pensión de jubilación es de diecinueve (19) de agosto de 2010, por lo que, trascurrieron mas de 5 años hasta la fecha de agotamiento de vía gubernativa, por lo tanto, el reajuste reclamado por el demandante en el evento que le sea reconocido, se encuentra prescrito, en atención a la fecha en que el actor formuló la reclamación que dio origen a la demanda, pues dicha fecha es la que se toma en cuenta para efectos de aplicar la prescripción trienal sobre los valores de las diferencias pensionales.

Nación- Min Educación – FNPSM³: la apoderada se opuso a todas las pretensiones de la demanda e interpuso como excepciones las siguientes: i) **ineptitud de la demanda**: Indica que como no hay un pronunciamiento de fondo de la administración que niegue las pretensiones del actor no es posible que se declare la nulidad del acto demandado, ni que se profiera decisión sobre el mismo, ii) **No agotamiento de la vía gubernativa**: Aduce que en los hechos de la demanda y las pruebas obrantes en el expediente, se puede establecer que no se realizó ninguna petición, ni mucho menos se presentaron recursos, por lo que no se agotó la vía gubernativa, iii) **inexistencia de la obligación**: Manifiesta que el monto o cuantía de la mesada pensional reconocida, fue liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensiones de la docente, y que de igual manera se atendieron las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del acto administrativo de reconocimiento, iv) **cobro de lo no debido**: Señala que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud de reliquidación pensional incoada por la parte activa, v) **Prescripción**: Solicita que se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho pensional, vi) **falta de legitimación en la causa por pasiva**: Fundamenta la anterior, en que la Secretaría de Educación Departamental del Cesar es quien en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la ley 962 de 2005 la que le corresponde comparecer al presente proceso, con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por el demandante contra el acto que reconoció la pensión de jubilación, vii) **compensación**: propone esa excepción respecto de cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que se haya pagado por su representada, viii) **excepción genérica**: Solicita que se decreten las excepciones que aparezcan probadas oficiosamente.

Ministerio Público: No se pronunció en esta etapa procesal.

¹ Fls. 36-37

² Fls. 53-60

³ Fls. 70-84

3. Traslado de excepciones: Mediante traslado secretarial No. 7 de veintidós (22) de febrero de 2018⁴ se corrió traslado a la parte demandante de las excepciones propuestas por las entidades demandadas, frente a las cuales ésta no se manifestó.

4. Audiencia Inicial.

En la Audiencia Inicial celebrada el día 21 de junio de 2018⁵, en la etapa de saneamiento se indicó que no se avizoraba vicio alguno. Sin embargo, el Despacho se pronunció sobre la solicitud de vinculación de la Fidupervisora, negando la misma. Posteriormente, en etapa de excepciones, se declararon no probadas las excepciones de ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, y falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el FNPSM, y se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Córdoba. Se fijó el litigio, se declaró fallida la etapa de conciliación, se decretaron pruebas solicitadas y pruebas de oficio, y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas.

Posteriormente, pese a haberse fijado fecha para audiencia de pruebas, mediante providencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de 2018⁶, se indicó que, al tratarse de pruebas documentales, el Despacho se abstendría de llevar a cabo dicha audiencia, y se requirió nuevamente a la Secretaría de Educación para que alléguese las pruebas solicitadas. Seguidamente, mediante providencia de fecha once (11) de septiembre de 2019⁷, se corrió traslado de las pruebas allegadas. Finalmente, el día nueve (9) de octubre de 2019⁸, se cerró el periodo probatorio y se dispuso la presentación de los alegatos de conclusión a las partes y que el Ministerio Público rindiese concepto.

5. Alegatos de Conclusión.

Previo a señalar los alegatos de conclusión, observa el Despacho que a folios 162 a 167 del expediente la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – FNPSM presentó alegatos de conclusión y poder conferido a la abogada Lina Paola Espinoza Pérez. Así las cosas, señala el artículo 76 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA que el poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado. En ese orden de ideas, se reconocerá personería a la abogada Lina Paola Espinoza Pérez identificada con cédula de ciudadanía No. 1.047.444.164 y portadora de T.P No. 253.020 del C.S de la J. Con el reconocimiento de la personería que se hace a la abogada en mención se entiende revocado el poder que se había conferido a la abogada Randy Meyer Correa.

5.1. Demandante: la parte demandante no se pronunció en esta etapa procesal.

5.2. Nación – Ministerio de Educación - FNPSM⁹: La apoderada de la parte demandada fundamentó sus alegatos en tres puntos: i) **Naturaleza y finalidad de la pensión de sobreviviente:** Al respecto, indica que la Corte Constitucional ha definido naturaleza y finalidad de la sustitución pensional y la pensión sobreviviente como prestaciones que se generan en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por dicha pérdida, ii) **beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, normatividad aplicable y posición jurisprudencial:** Referente al anterior punto, hace un recuento normativo y jurisprudencial sobre la normatividad aplicable, para concluir que tendrá derecho a reconocimiento de la sustitución pensional el cónyuge, compañero o compañera permanente superstite que: 1. Acredite convivencia marital no menor de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, 2. En caso que el beneficiario sea menor de 30 años y no hayan procreado hijos, tendrá derecho a una pensión temporal máximo por 20 años, 4. En caso que el causante tuviese un compañero(a) permanente, con sociedad anterior conyugal anterior no disuelta la pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia, 5. En caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años, entre el causante y un conyuge o compañera(o) permanente, será beneficiarios el (la) esposo (a); iii) **el requisito de convivencia para acceder a la sustitución pensional y el de pervivencia familiar. Posición jurisprudencial:** Manifiesta que, conforme a la Jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia, la condición de que la convivencia del reclamante de la pensión de sobreviviente con el pensional fallecido, debía ser cinco (5) años anteriores a su fallecimiento. Sin embargo, ahora se acepta que dicha concidencia haya ocurrido en cualquier tiempo, pero bajo la condición de la pervivencia del vínculo familiar. Finalmente, concluye que al demandante no se le negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, y que tampoco se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados.

⁴ Fl. 91
⁵ Fls. 94-98
⁶ Fl. 107
⁷ Fl. 131
⁸ Fl. 141
⁹ Fls. 177-184

16

5.3. Ministerio Público: No se pronunció en esta etapa procesal.

7. Decisión.

Tramitado el proceso sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes;

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico.

Teniendo como eje central de esta providencia dar respuesta a la pregunta planteada en la fijación del litigio, el Despacho procederá a estudiar el siguiente aspecto formulado como problema jurídico.

Determinar si es procedente reliquidar la pensión post mortem del demandante, reconocida mediante Resolución 17202 de 19 de agosto de 2010, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados por la causante María Auxiliadora Pizarro Meola (q.e.p.d) en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, o si por el contrario no le asiste tal derecho.

Para resolver el fondo del asunto, el Despacho estudiará los siguientes aspectos: a) Referente Normativo Aplicable al Caso; b). Silencio Administrativo Negativo, c) Caso Concreto.

a). Referente normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad esta que de acuerdo con su artículo 5 numeral 1 es la encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo. Dicha normatividad en su artículo 1° hizo una distinción entre los docentes afiliados a dicho fondo, así: los docentes nacionales son los vinculados mediante nombramiento del Gobierno Nacional, los docentes nacionalizados son aquellos que son nombrados por una entidad de carácter territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, el cual reza que ninguna entidad territorial puede con cargo a la Nación crear plazas docentes, ni decretar la construcción de planteles educativos de enseñanza media, sin la previa autorización del Ministerio de Educación Nacional, y los docentes territoriales son lo que sean vinculados por una entidad territorial sin el cumplimiento de los requisitos del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Así mismo, el artículo 15 numeral 1° *ibidem* dispone que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, será el que han venido gozando en cada entidad territorial, de acuerdo a las normas vigentes, mientras que los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.

Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispuso: *"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. (...)"*

Posteriormente, el párrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que *"(...) el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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 ésta"*.

A su vez, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, señaló en su artículo 81 que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio educativo, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley.

Por lo anterior, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada ley, esto es, el 27 de junio de 2003, el régimen

pensional aplicable será el que se encontraba vigente para el Magisterio en esa fecha, como lo es la Ley 91 de 1989.

Conforme a lo expuesto, a los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, sin importar que sean nacionales, nacionalizados o territoriales, su régimen pensional es el establecido en la Ley 33 de 1985, la cual reguló una pensión de jubilación a todos los empleados públicos y en su artículo 1° estableció unos requisitos para acceder a la pensión ordinaria de jubilación y son que el empleado oficial: I) hubiere servido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos y II) tenga cincuenta y cinco (55) años de edad.

En ese orden, se hace necesario indicar que el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 -modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 - previó como factores salariales para liquidar la pensión los siguientes: *"asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio"*.

Por otra parte, los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las disposiciones que se encuentran en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y en lo que atañe a la edad, el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003, prevé para hombres y mujeres 57 años de edad, así entonces, para determinar el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, consagrando éste último como factores salariales para liquidar la pensión: *la asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.*

Ahora bien, respecto a los factores que se deben constituir el ingreso base de liquidación pensional aplicando la Ley 33 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018, sentó una postura interpretativa distinta a la que venía sosteniendo esa corporación en sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria se debían incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por lo cual la Sección Segunda en su función unificadora indicó que el criterio interpretativo anterior traspasa la voluntad del Legislador, él que por virtud de su libertad de configuración enlistó taxativamente los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base, postura que fue acogida por ésta Unidad Judicial para resolver casos similares al proceso bajo estudio, aunque en la sentencia de unificación en referencia no se hubiese estudiado el tema de los docentes. ✓

Ahora, como quiera que la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia de Unificación SUJ-014- CE- S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019 Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, unificó el tema de la liquidación de las mesadas pensionales de los docentes oficiales, esta unidad judicial adoptará el criterio esbozado en esta sentencia para establecer en forma específica el ingreso base de liquidación pensional del docente accionante, por lo tanto, la sentencia en alusión indica que para ello se debe tener en cuenta la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial del docente para establecer la aplicación de los dos regímenes establecidos en el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, en la precitada sentencia se expusieron las siguientes reglas jurisprudenciales:

"De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales 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, así:

- I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*
- II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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".*

Respecto al régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985, en lo que tiene que ver con los factores salariales para liquidar la mesada pensional de jubilación de docentes, en la sentencia de unificación en referencia se expresó:

18

"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 por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio".

Ahora, en cuanto al Régimen Pensional de Prima Media para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se señaló en la aludida sentencia de unificación:

"Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años¹⁰. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones".

Así mismo, se indicó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 que no se puede entender que por virtud de esa sentencia de unificación las pensiones que hayan sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Igualmente, es necesario señalar que dicha posición respecto de los factores que se deben tener en cuenta para constituir el ingreso base de liquidación pensional, ha sido reiterada en reciente pronunciamiento la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado¹¹, así:

En la sentencia de 25 de abril de 2019 se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas: -.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. -.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.

Así las cosas, esta Unidad Judicial acogerá en todas sus partes la Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, debido a su carácter vinculante, de manera que en todos los casos pendientes será tomada como base para dar solución a los problemas jurídicos.

De igual forma, es de señalar que como quiera que el gobierno nacional, ha expedido normas relacionadas con el régimen salarial docente con posterioridad a la Ley 33 de 1985, como es el caso del Decreto 983 de 2017 por medio del cual creo una bonificación mensual para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, a la cual le otorgo el carácter salarial para todos los efectos incluidos la pensión, para lo cual dispuso la obligatoriedad de los aportes respectivos.

b) Silencio Administrativo Negativo

El silencio administrativo negativo se encuentra resaludado en el artículo 83 del CPACA, de la siguiente manera:

¹⁰ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003
¹¹ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Bogotá, D.C., Seis (6) de Febrero de Dos Mil Veinte (2020), Radicación Número: 66001-23-33-000-2014-00310-01(0092-17)

"Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."

Al respecto, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado¹² ha señalado referente a la ficción legal en estudio lo siguiente:

"(...) Ahora bien, la expresión "decisión que la resuelva" citada en el artículo precedente, debe entenderse como toda decisión administrativa motivada que expida la administración a efecto de resolver de fondo ya sea en forma directa o indirecta, todas las solicitudes que hayan sido oportunamente planteadas por el peticionario y/o haga imposible continuar con la actuación.

En segundo lugar, la ficción legal denominada "acto administrativo presunto" nace en nuestro ordenamiento jurídico como una presunción que "opera o se activa ante la pasividad del órgano llamado a proferir un específico acto administrativo"¹³ y que se produce en virtud de los siguientes supuestos:

- a. *El deber de un órgano de resolver, a instancia de parte interesada o de oficio, determinado asunto mediante un acto administrativo;*
- b. *Vencimiento de un plazo o término señalado en la ley o en el reglamento, y*
- c. *Falta de notificación al interesado de cualquier decisión sobre tal asunto, antes de ese vencimiento¹⁴. (...)*

De las transcripciones anteriores, se infiere que el acto presunto se configura en los siguientes eventos: i-) cuando la administración no contesta una petición, ii-) cuando no se resuelve el recurso de un administrado y iii-) cuando la respuesta no es una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos u obedece a un acto preparatorio o de trámite. En relación a los dos primeros eventos solo basta el transcurso del plazo fijado por la ley para resolverlo, para que se configure el silencio administrativo; en el último evento, la valoración que debe realizar el juez debe abarcar un análisis previo a efecto de establecer si efectivamente existe una decisión susceptible expresa que deba ser analizada a través de este medio de control o si por el contrario, el fondo del asunto realmente no ha sido resuelto por la Administración pese a que exista un escrito en donde esta refiere haber dado respuesta a la petición formulada por el actor. (negritas del despacho)

c) Caso Concreto

De acuerdo a lo anterior, se procederá a resolver el problema jurídico planteado previamente por parte del Despacho:

PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si es procedente reliquidar la pensión post mortem del demandante, reconocida mediante Resolución 17202 de 19 de agosto de 2010, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados por la causante María Auxiliadora Pizarro Meola (q.e.p.d) en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, o si por el contrario no le asiste tal derecho.

TESIS DEL DESPACHO: El Despacho encuentra que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión post mortem, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios por la causante María Auxiliadora Pizarro Meola, incluyendo aquellos que no están enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales no se realizaron aportes al sistema.

SUSTENTO

Está acreditado que la señora María Auxiliadora Pizarro Meola (q.e.p.d) ingresó al servicio docente, vinculada en propiedad, como nacionalizada, el día quince (15) de febrero de 1978¹⁵ según el formato único para expedición del certificado de historia laboral expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día nueve (9) de octubre de 2016, y que fue

¹² Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., Once (11) De Abril De Dos Mil Diecinueve (2019), Radicación Número: 08001-23-33-000-2015-00350-01(2025-17)

¹³ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Séptima edición 2016. Página 193. f

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ FIs. 26-28

afiliada a dicho Fondo desde el primero (1°) de noviembre de 1990 como docente de tiempo completo¹⁶ según certificado expedido por el Líder de la oficina del FNPSM.

Así mismo, está demostrado que a la docente María Auxiliadora Pizarro Meola (q.e.p.d) le fue reconocida mediante Resolución N°. 17202 de diecinueve (19) de agosto de 2010 una pensión post mortem 20 años, la cual fue expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba en virtud de la delegación realizada por el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁷, en cuantía de \$1.517.891 efectiva a partir del dos (2) de junio de 2009, día siguiente a la fecha de fallecimiento de la anterior, esto es primero (1) de junio de 2009¹⁸; y de igual manera, se reconoció como beneficiario del cien por ciento (100%) de esa pensión al señor Manuel Sebastián Padilla Cefiel, en calidad de cónyuge de la causante.

Ahora, según el acto de reconocimiento se tuvo en cuenta para la liquidación de la mesada pensional el 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicio, y se enlistó como factor únicamente la asignación básica. Por lo que, al no estar de acuerdo con la liquidación de la mesada pensional el demandante presentó a través de apoderada el día once (11) de septiembre de 2014 petición ante la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba solicitando la revisión de la pensión post-mortem que le había sido reconocida, para que le fueran incluidos los factores salariales devengados por la causante durante el último año de servicio¹⁹.

Frente a la anterior petición, aduce la parte demandante que la entidad demandada se pronunció a través de Resolución No. 001459 de 10 de julio de 2015 en la cual se indica:

"Que mediante petición del 11/09/2014 el docente Manuel Sebastián Padilla Cefiel con la C.C N° 6.589.924 de Momil Córdoba, a través de apoderado judicial solicitó revisión y ajuste de su pensión vitalicia de jubilación reconocida mediante Resolución No. 10675 de fecha 13 de mayo de 2005, en razón a que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del status del pensionado, hasta cuando efectivamente se produzca el pago y sea incluido en la nomina de pensionados. (...)"

Respecto de lo anterior, en la audiencia inicial, se advirtió sobre la incongruencia, entre lo solicitado mediante la petición de fecha once (11) de septiembre de 2014 por parte del actor a través de apoderada y la Resolución No. 001459 de diez (10) de julio de 2015, por lo que se ofició a la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba y al Líder del FNPSM para que allegaran los expedientes administrativos de las Resoluciones N°. 17202 de diecinueve (19) de agosto de 2010 y No. 001459 de 10 de julio de 2015 y así mismo indicasen si la petición de reliquidación de pensión post-mortem realizada por el demandante fue contestada y de ser así allegase dicho acto, o manifestara si fue que el actor en su calidad de docente también presentó petición de reliquidación de pensión y producto de esta surgió la Resolución No. 001459 de diez (10) de julio de 2015. No obstante, en las pruebas allegadas no fueron aportados los aludidos expedientes administrativos. Sin embargo, advierte el Despacho que en los considerando de la Resolución No. 001459 de diez (10) de julio de 2015, se inicia indicando que se da respuesta a la petición de fecha once (11) de septiembre de 2014, por lo que corresponde con la fecha de la petición realizada por el actor solicitando reliquidación de pensión post-mortem, aunado a lo anterior, se observa en la parte resolutive, concretamente en su numeral segundo, que se realizó reconocimiento de personería a la abogada Dina Rosales López Sánchez, misma que fungió como apoderada del actor en su petición de reliquidación de pensión post-mortem, y que además presentó recurso de reposición²⁰ contra la resolución en mención a efectos de obtener la reliquidación de la pensión post-mortem de la cual es beneficiaria el actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año, sin que se obtuviese respuesta alguna.

En consecuencia, es claro que la Resolución No. 001459 de diez (10) de julio de 2015 surgió como respuesta a la petición de fecha once (11) de septiembre de 2014, no obstante, no se dio respuesta de fondo a lo solicitado, puesto que hubo una confusión por parte de la entidad, quien al estudiar la misma se pronunció sobre el reconocimiento y ajuste de pensión de jubilación del docente Manuel Sebastián Padilla Cefiel a efectos de determinar si se debían o no incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio en su pensión de jubilación, y no sobre la reliquidación de la pensión post – mortem reconocida al actor.

Así las cosas, frente a la falta de respuesta de fondo respecto de lo solicitado en una petición, la Sección Segunda, Sucesión A del Consejo de Estado, ha manifestado tal como se ha indicado en esta providencia que pese a existir un escrito en donde se refiera haber dado respuesta a la petición, si no hay un pronunciamiento de fondo frente a lo solicitado, se configura el silencio

¹⁶ Fl. 118.

¹⁷ Fl. 113-115

¹⁸ Fls. 113-115

¹⁹ Fls. 15-19

²⁰ Fls. 22-25

administrativo negativo. Por lo que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo por la falta de respuesta de fondo frente a la petición de fecha once (11) de septiembre de 2014.

Ahora, descendiendo al caso concreto, tenemos que el formato único para la expedición de certificado de salarios²¹ expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio el día trece (13) de octubre de 2016, da cuenta de que la docente devengó entre el 1 de junio de 2008 hasta el 1 de junio de 2009, asignación básica, pago de sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de vacaciones.

En ese sentido, se tiene que de acuerdo con la regla establecida respecto del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la causante, quien ingresó al servicio el quince (15) de febrero de 1978, los factores que deben tenerse en cuenta son únicamente aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

En este orden, la prima de vacaciones y de navidad no pueden incluirse en la base de la liquidación de la pensión post mortem, por cuanto no constituyen base de liquidación de los aportes. Lo que quiere decir que la liquidación de la prestación reconocida se ajustó a derecho, por cuanto la entidad tuvo en cuenta los factores que devengó y sobre los cuales cotizó en último año de servicio.

Por consiguiente, se procederá a declarar probada la excepción de "inexistencia de la obligación" propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM con fundamento en lo expuesto en precedencia, y en atención a lo señalado en el artículo 282 del CGP que indica que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes, el Despacho se abstendrá de estudiar por sustracción de materia las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

CONCLUSIÓN: La parte actora no tiene derecho a la reliquidación de la pensión post-mortem, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios por la causante María Auxiliadora Pizarro Meola, incluyendo aquellos que no están enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales no se realizaron aportes al sistema.

3. De las Costas.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas de la Ley 1564 de 2012. De igual forma, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado²² el Juez debe realizar un análisis valorativo donde se acredite que la parte que se favorece con el fallo realizó erogaciones por la iniciación del proceso judicial, destacándose además que se debe examinar a quién se está condenando en costas. En ese sentido, esta Unidad Judicial no procederá a condenar en costas a la parte demandante conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto no obra en el plenario prueba de su causación, razón suficiente para que el Despacho se abstenga de condenar en costas dentro del presente proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de "inexistencia de la obligación" interpuesta por la apoderada judicial de la Nación- Ministerio de Educación - FNPSM, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. Por lo tanto, el Despacho se **ABSTIENE** de pronunciarse sobre las demás excepciones interpuestas por la entidad demandada en aplicación del artículo 282 de la Ley 1564 de 2012.

²¹ Fis. 28-29

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. William Hernández Gómez, doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), radicación número: 25000-23-42-000-2013-05105-01(0209-15). "Esta Subsección en reciente providencia tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente: a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo"-CCA- a uno "objetivo valorativo"-CPACA-; b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP; c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si los mismos se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o torpeza de las partes; d) La cuantía de la condena en costas es un derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura); e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial; g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".

22

SEGUNDO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo plasmado en las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Reconózcase personería para actuar a la abogada Lina Paola Espinoza Pérez identificada con cédula de ciudadanía No. 1.047.444.164 y portadora de T.P No. 253.020 del C.S de la J, como apoderada de la Nación–Ministerio de Educación-FNPSM, en los términos y para los fines del poder conferido, y entiéndase revocado el poder que se había conferido a la abogada Randy Meyer Correa.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas por concepto de gastos del proceso. Cancélese su radicación. Archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial de Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Juez


13

NOTIFICACION DE LA SENTENCIA DICTADA DENTRO DEL RPOCESO 2017-00040

Juzgado 05 Administrativo - Cordoba - Monteria <jadmin05mtr@notificacionesrj.gov.co>

Mié 5/08/2020 6:24 PM

Para: laduque@procuraduria.gov.co <laduque@procuraduria.gov.co>; dina.abogada@hotmail.com <dina.abogada@hotmail.com>;
 notificacionesjudiciales@cordoba.gov.co <notificacionesjudiciales@cordoba.gov.co>; contactenos@cordoba.gov.co
 <contactenos@cordoba.gov.co>; Gustavo Adolfo Amaya Zamudio <notificacionesjudiciales@mineduacion.gov.co>;
 procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co <procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co>; Notificaciones Judiciales
 <notjudicial@fiduprevisora.com.co>

 1 archivos adjuntos (408 KB)

2017-00040 SENTENCIA.pdf;



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ADMINISTRACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
DE CORDOBA

SIGCMA**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA**

Montería, 05 de Agosto de 2020

Señores:

NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – F.N.P.S.M
 REPRESENTANTE LEGAL DEL DEPARTAMENTO DE CORDOBA
 DEMANDADO

DINA ROSA LOPEZ SANCHEZ
 APODERADA PARTE DEMANDANTE

LUIS ARMANDO DUQUE MARCHENA
 AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

CLASE DE PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBY CAUSIL HERNANDEZ Y OTROS**DEMANDADO:** NACIÓN - MINEDUCACION – F.N.P.S.M Y OTRO**RADICADO:** 23 001 33 33 005 2017 00040**PROVIDENCIA A NOTIFICAR:** SENTENCIA

CON EL PRESENTE ME PERMITO NOTIFICARLE LA SENTENCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO QUE SE
 RELACIONA ANTERIORMENTE, EN LA CUAL SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.
 SE DEJA EXPRESA CONSTANCIA, QUE LA SENTENCIA DICTADA EN EL PROCESO REFERENCIAD
 ANTERIORMENTE SE ENCUENTRA ADJUNTADAS EN FORMATO PDF

ADJUNTO EN PDF: SENTENCIA 2017-00040
*Atentamente,***CARMEN LUCIA JIMÉNEZ CORCHO**

Secretaria Juzgado Quinto Administrativo
 Mixto del Circuito de Montería

Carrera 6 No. 61-44 piso 4 oficina 404 Edificio Élite
 Teléfono 7814261

Montería - Córdoba

AVISO

IMPORTANTE: PARA LA CONSULTA DEL ESTADO INGRESE A LA PÁGINA DE LA RAMA JUDICIAL [HTTP://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO](http://www.ramajudicial.gov.co), JUZGADOS ADMINISTRATIVOS - CÓRDOBA – JUZGADO ADMINISTRATIVO 05 DE MONTERÍA - ESTADOS ELECTRÓNICOS. APRECIADO USUARIO SI TIENE ALGUNA SOLICITUD POR FAVOR ENVÍENOS UN CORREO ELECTRÓNICO A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN: adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co



25

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
SALA CUARTA DE DECISIÓN**

Magistrada Ponente: Dra. Gladys Josefina Arteaga Díaz

Montería, jueves veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021)

APELACIÓN DE SENTENCIA

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	23-001-33-33-005-2017-00040-01
Demandante (s)	Manuel Sebastián Padilla Cafiel
Demandado (s)	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el día 23 de julio de 2020, por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto Circuito Judicial de Montería, que negó las pretensiones de la demanda¹.

I. ANTECEDENTES

Con la demanda, se pretende la nulidad absoluta del acto administrativo Resolución N° 001459 del 10 de julio de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Departamental, mediante la cual le negó la reliquidación de la pensión post-mortem; así como la nulidad del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo respecto al recurso de reposición radicado el 05 de agosto de 2015 por medio del cual solicitó el ajuste de la pensión post-mortem con la inclusión de todos los factores salariales.

Al igual, que la nulidad parcial de la Resolución N° 17202 del 19 de agosto de 2010 por medio del cual reconoció pensión post-mortem al actor, ello teniendo en cuenta que dicho acto reconoció la prestación sin tener en cuenta los factores salariales devengados en la fecha de consolidación del derecho a la pensión.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene reliquidar la pensión del accionante aplicando el 75% promedio por todo factor salarial devengado en el último año de servicio anterior al momento del retiro del mismo en que adquirió el status de pensionado y en el momento de adquirir la sustitución pensional, entre ellos prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores devengados.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Se deja constancia que la sentencia en el presente asunto se profiere alterando el turno de los procesos que se encuentran para fallo, por cuanto esta Corporación ya proferido decisiones sobre el tema objeto de debate; lo anterior en uso de las facultades conferidas por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y por el parágrafo 1 del artículo 16 de la Ley 1285 de 20091, los cuales establecen que se podrá determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio de los proyectos de sentencia.



26

El Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería decidió negar las pretensiones de la demanda (fls.190-194 cdno 1), luego de referirse al marco normativo y jurisprudencial, indicó que la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se rige por la Ley 91 de 1989, la cual remite a la ley 33 de 1985.

Indicó que se encontraba demostrado, que a la docente María Auxiliadora Pizarro Meola, le fue reconocida mediante Resolución N° 17202 de 19 de agosto de 2010 una pensión post mortem en cuantía, de \$ 1.517.891 efectiva a partir del 01 de junio de 2009, y como beneficiario de esta al señor Manuel Sebastián Padilla en calidad de cónyuge.

En ese sentido en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la respectiva liquidación, precisó que acogía la postura de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial 25 de abril de 2019. De ahí, que la prima de vacaciones y de navidad no podían incluirse en la base de la liquidación de la pensión post mortem, por cuanto no constituyen base de liquidación de aportes, por lo que, la liquidación de la prestación reconocida se ajustó a derecho, dado que la entidad tuvo en cuenta los factores que devengó y sobre los cuales cotizó en el último año de servicio, declarando probada así la excepción denominada "inexistencia de la obligación".

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del demandante manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia (fls.202-204 cdno 1), para lo cual indica que por mandato el artículo 279 inciso 2 de la Ley 100 de 1993 se excluyó expresamente a los docentes del sistema integral de seguridad social, razón suficiente para considerar que éstos no debieron ser circunscritos en las recientes sentencias de unificación. Sobrepassando, so pretexto del aseguramiento de la viabilidad financiera del sistema, los límites legales y constitucionales que amparan derechos mínimos laborales.

Arguye que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, desnaturaliza la voluntad del legislador siendo que éste dispuso expresamente en la normatividad, que la pensión de jubilación de los docentes nombrados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se liquidaría con el 75% del salario mensual promedio del último año, ingrediente cuya intención no era ocasionar una mirada limitada respecto de la base salarial sobre la cual debía liquidarse la pensión de los trabajadores.

Para la togada, es incompresible que la jurisprudencia en una sociedad respetuosa de los derechos laborales, cambie de manera inesperada, haciendo nugatorios los derechos de los trabajadores bajo una interpretación restrictiva y limitada, creando un verdadero caos interpretativo de las normas laborales, ocasionando una temida inseguridad jurídica para sus asociados.

Resulta perversa e inexplicable, pues no es comprensible el abrupto giro de la jurisprudencia dentro de una misma Corporación que de manera pacífica sostuvo por más de ocho años la tesis de que los factores salariales del artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 eran de carácter enunciativo y no taxativo, pues inversamente en aquella ocasión consideró que la intención del legislador era garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

27

Por lo que, al no estar conforme con la aplicación de las reglas establecidas en la nueva sentencia de unificación, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la causante ingresó al Magisterio Oficial antes de la vigencia de la Ley 812 de 200 y su régimen es el previsto en la Ley 91 de 1983 siendo su pensión equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 05 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia de 23 de julio de 2020 (tyba).

Igualmente, con auto de 19 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado común de 10 días, para que se presentaran por escrito los alegatos de conclusión a las partes, y al señor Agente del Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

Oportunidad que fue aprovechada por las parte demandada **Nación- Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, quien indicó que como se ha reiterado por la entidad en diferentes oportunidades, los únicos factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación son aquellos con los cuales se realizaron aportes al sistema pensional y no sobre los devengados durante el último año por el docente, aunado a lo anterior si fuere el caso se deben tener en cuenta únicamente los factores salariales contemplado en la ley 62 de 1989 en su artículo primero, en conclusión no se debe liquidar la pensión de jubilación con los factores que no estén taxativamente mencionados en la norma por ello no se debe reliquidar la prestación de la demandante. (ver Tyba).

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación ya identificada.

5.1. Problema jurídico

Pues bien, la apelante no desconoce la existencia de la sentencia de unificación **sentencia SUJ -14 - CE - S2 - 2019 de 25 de abril de 2019**, que fijó las reglas jurisprudenciales en torno al tema de la liquidación de las pensiones de los docentes, lo que pretende es que la misma no se aplique a su ahijado judicial; por considerar que desconoce los derechos laborales de los docentes, antes reconocidos, so pretexto entre otros de la sostenibilidad financiera.

Así las cosas, la discusión se finca, en establecer si existe justificación razonada y suficiente para aplicar las reglas jurisprudenciales tenidas en cuenta por el a quo, conforme a la sentencia de unificación plurimencionada.

Para dichos efectos, es la propia sentencia de unificación la que da respuesta a las inconformidades de la parte actora, veamos:

1. En cuanto a los efectos de la decisión.

28

La sentencia SUJ -14 - CE - S2 - 2019 de 25 de abril de 2019², luego de fijar las reglas aplicables en materia de pensiones de jubilación y vejez de los docentes, dispuso los efectos de la decisión, así:

i. Efectos de la presente decisión

1. 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 Política³. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".
 2. 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.
 3. 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.
 4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.
2. En cuanto al régimen pensional docente- aplicación de la ley 33 de 1985.

Luego de un análisis de las normas que han regido el régimen pensional docente, llegó a la conclusión que los docentes vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003, no tienen un régimen especial, y les es aplicable la ley 33 de 1985, por disposición de la Ley 91 de 1989.

El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de

² C.P. Dr César Palomino Cortés – exp. N° 680012333000201500569-01 - N.º Interno:0935-2017

³ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales"[16].

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003[17], tendrán los derechos 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.

3. **Obligatoriedad de realizar aportes y los factores base de liquidación de la Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1985.**

Las pensiones reconocidas en amparo ley 33 de 1985, lo serían conforme a las reglas previstas en el artículo 3° de dicha ley, que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el cual 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"[23].

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 por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

4. **Ley 91 de 1989 esquema de cotizaciones.**

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8° un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8°, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre **"los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes"**, respectivamente.

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.

Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la base de liquidación del aporte del 8% de la Nación, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

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.

5.4.- Caso Concreto.

De lo anterior se tiene, que precisamente atendiendo a los principios constitucionales de seguridad jurídica, y prevalencia a los principios fundamentales de la seguridad social, el Consejo de Estado como máximo órgano de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, previo estudio de las normas que rigen el régimen pensional docente, definió unas reglas de interpretación de aplicación uniforme para todos los casos en trámite tanto en sede administrativa como en sede judicial en materia de pensión docente. Las cuales de conformidad con la sentencia C- 816 de 2011, tiene el carácter de vinculante y obligatoria.

Ahora bien, arguye la abogada apelante, que a los docentes no les aplicable la ley 33 de 1985, sino la ley 91 de 1989; no obstante tal y como se señaló en el acápite anterior, los docentes vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003, no gozan de un régimen especial en materia de pensiones, y es precisamente la ley 91 de 1989, la que remite a la ley 33 de 1985, cuando dispone "en el literal B del numeral 2 del artículo 15, - que los docentes- **gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional**"; que para la fecha era la Ley 33 de 1985. Lo cual fue ratificado por la ley 115 de 1994, tal y como lo dijo el Consejo de Estado; por lo que al aplicar la ley 33 de 1985, y la interpretación que se hizo para el régimen general de los factores a tener en cuenta, no se les está desconociendo derecho alguno, ni existe un giro en la jurisprudencia en torno a la aplicación de la ley 33 de 1985 a los docentes, en tanto ello había sido dilucidado de tiempo atrás.

De igual forma, a diferencia de lo manifestado por la togada, la sostenibilidad financiera, es un principio elevado a canon constitucional con el acto legislativo 01 de 2005, y los docentes no están excepcionados de ello; máxime que como lo demuestra el análisis de la Ley 33 de 1985- *norma aplicable a los docentes*-, desde su génesis, estableció la obligación de aportar, así como la liquidación de la prestación, con base en los factores que se hubiesen tenido en cuenta para los aportes. Lo que además, no resulta extraño a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales como la parte actora, en tanto la financiación para el reconocimiento de las prestaciones a su cargo conlleva un porcentaje de aportes de los docentes y otro de la Nación, para el cual se tienen en cuenta los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año.

Interpretación que tal y como lo han reiterado los máximos órganos de cierre de todas las jurisdicciones, permite a diferencia de lo expresado por la togada garantizar los derechos a la seguridad social de un mayor número de personas, y de cuyo análisis no se desprende un "giro inesperado y contrario al ordenamiento jurídico".

En consecuencia, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión objeto de recurso, en tanto de conformidad con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, al estar vinculada la causante al magisterio oficial, antes de la ley 812 de 2003, la norma aplicable a efectos de liquidar la prestación post mortem, no es otra que la ley 33 de 1985, conforme al criterio imperante a la fecha de definición de la controversia; precedente que como se ha expuesto, es de carácter obligatorio y vinculante; además ha venido siendo acogido por esta Corporación de conformidad

31

con lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la ley 1437 de 2011, en virtud de los cuales al decidir se deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen disposiciones constitucionales y legales⁴:

5.5 Condena en costas

Conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. se procede a verificar si hay lugar a condenar en costas en el caso concreto. En este punto, reitera la Sala el criterio previamente adoptado, bajo el entendido que conforme el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. *“solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.⁴

En el subjuice no existe evidencia alguna de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte vencida en el proceso, razón por la cual no se fijaran costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, a través de su Sala Cuarta de Decisión, el Tribunal Administrativo de Córdoba administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de 23 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, que negó las pretensiones de la demanda, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTÉNGASE de imponer costas en esta instancia por lo expresado en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


GLADYS JOSEFINA ARTEAGA DÍAZ



PEDRO OLIVELLA SOLANO

(IMPEDIDA)

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

⁴ Esta posición se acompasa con los recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado, Sección Segunda: Sentencia de 30 de marzo de 2017 (Expediente: 23001233300020140014401); sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.