



22 204

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-01
Demandante: Rasmille Cáceres Murillo

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2019-01794-01
Demandante: RASMILLE CÁCERES MURILLO
Demandados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

Temas: Tutela contra providencia judicial. IBL docentes.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte actora contra el fallo de 18 de julio de 2019, a través del cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta denegó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado el 2 de mayo de 2019, en la Secretaría General de esta Corporación, la señora Rasmille Cáceres Murillo, por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Chocó, con el objeto de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia.

Estimó quebrantados dichos derechos con ocasión de la sentencia del 7 de diciembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que revocó el fallo del 18 de junio de 2018, a través del cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó accedió a la solicitud de reliquidación pensional de la parte actora, y en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 27001-33-33-003-2017-00072-01, promovido por la accionante





Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-01

Demandante: Rasmille Cáceres Murillo

contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En concreto, solicitó a esta Corporación:

*"1. Se declare que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO** (sic), integrado por los magistrados **MIRTA ABADIA SERNA** (sic), **ARIOSTO CASTRO PEREA**, **NORMA MORENO MOSQUERA**, transgredió los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO**, **MINIMO VITAL** (sic), **IGUALDAD Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** de la accionante con la decisión contenida en la sentencia del **07 de DICIEMBRE DE 2018** proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoada por el (la) Docente **RASMILLE CACERES MURILLO** (sic) contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, BAJO RADICADO No. **27001333300420170007201**.*

*Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO** (sic), integrado por los Magistrados **MIRTA ABADIA SERNA** (sic), **ARIOSTO CASTRO PEREA**, **NORMA MORENO MOSQUERA**; dejar sin efectos la providencia referida en el numeral anterior y se profiera una nueva, atendiendo al precedente judicial que sobre el tema edificó el Consejo de Estado mediante Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, proferida dentro del expediente radicado No. 25001-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), de esta Honorable Corporación con ponencia del consejero Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.¹ (Resaltado del texto original)*

2. Hechos

La acción de tutela tuvo como fundamento los siguientes hechos, que a juicio de la Sala resultan relevantes para la decisión que se va a adoptar en el presente asunto:

La señora Rasmille Cáceres Murillo se desempeñó como docente nacionalizada por más de 20 años, a partir del 5 de julio de 1982 hasta el 12 de octubre de 2014, razón por la cual le fue reconocida pensión de vejez por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 002577 de 13 de octubre de 2015, efectiva a partir del 13 de octubre de 2014.

Para liquidar dicha pensión, la entidad únicamente tuvo en cuenta la asignación básica mensual, sin incluir la prima de navidad, prima de vacaciones y otros factores salariales percibidos en el último año de servicio.

¹ Folios 2 a 3 del expediente.





205

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-01
Demandante: Rasmille Cáceres Murillo

Con fundamento en lo anterior, la accionante interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, demanda que fue conocida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, que en sentencia de 18 de junio de 2018, accedió a las pretensiones de reliquidación pensional expuestas en el escrito de demanda.

Inconforme con tal decisión, la parte demandada la apeló y el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante fallo de 7 de diciembre de 2018, revocó la providencia de primera instancia, al considerar que sólo los factores sobre los cuales se realizó el aporte o cotización, pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la pensión.

3. Sustento de la vulneración

Según la parte actora, las providencias acusadas quebrantan sus derechos fundamentales por defecto sustantivo, falta de motivación y desconocimiento del precedente.

Afirmó que el defecto sustantivo y la falta de motivación se configuran por la incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión, puesto que en la sentencia se especifica que los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, se rigen por la Ley 33 y 62 de 1985 y la Ley 91 de 1989, y concluye que los factores salariales que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión son aquellos sobre los cuales se realizaron los correspondientes aportes o cotizaciones.

Señaló que no resulta congruente que el Tribunal presente un argumento normativo y jurisprudencial que conduce a entender que la aplicación e interpretación integral de la Ley 33 de 1985 en cuanto a los factores salariales no es taxativa sino meramente enunciativa, y luego establezca que para que dichos factores sean tenidos en cuenta en su integridad se debe presentar cotización por cada uno de ellos.

Igualmente, consideró que se configura un desconocimiento del precedente, toda vez que el Tribunal demandado fundamentó su tesis en los pronunciamientos del Consejo de Estado en cuanto a la liquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, sin embargo, concluyó que se deben tener en cuenta aquellos que sean directamente remunerativos del servicio, sobre los cuales los beneficiarios realizaron los correspondientes aportes.





Explicó que se desconoció la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual determinó que la liquidación de las pensiones reguladas por las Leyes 33 y 62 de 1985, debe tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

Mencionó que en dicha decisión el Consejo de Estado resolvió unificar su jurisprudencia, y adoptó la tesis menos restrictiva en cuanto a los derechos pensionales, es por ello que concluyó que para liquidar las pensiones a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, se incluyen todos los factores constitutivos de salario.

Adujo que, también se debe tener presente la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, en la que se fijaron reglas sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en sus consideraciones sobre el caso de los docentes explicó: “95. 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 excluidos 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 1989. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición**”. (Resaltado del texto original)

4. Trámite de la acción de tutela

A través de auto del 6 de mayo de 2019, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a la accionante y a los magistrados del Tribunal Administrativo del Chocó.

Igualmente, vinculó como terceros interesados al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, al Ministerio de Educación Nacional, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y a Fiduprevisora S.A.²

5. Argumentos de defensa

Realizadas las notificaciones de rigor³, se dieron las siguientes intervenciones:

² Folio 86 del expediente.

³ Folios 87 a 94 vuelto del expediente.





5.1. Ministerio de Educación Nacional

El jefe de la Oficina Asesora jurídica de la entidad vinculada, expresó que el Ministerio no es el responsable de la conducta cuya omisión genera la vulneración alegada, en consecuencia, no tiene competencia para pronunciarse sobre la solicitud de tutela.

Precisó que no ha vulnerado los derechos de la accionante, por lo cual suplica su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva⁴.

5.2. Fiduprevisora S.A.

La coordinadora de tutelas de la Dirección de Gestión Judicial de la sociedad vinculada, señaló que la acción de amparo resulta improcedente en la medida en que las autoridades judiciales que conocieron el proceso, actuaron de acuerdo a las leyes que regulan la materia, sin que se pueda aducir que el juez de segunda instancia desconoció los precedentes judiciales relacionados con el tema objeto de la demanda.

Manifestó que no se presentó transgresión alguna de los derechos fundamentales de la accionante, pues se han observado las normas en garantía del derecho al debido proceso.

Solicitó su desvinculación del presente trámite tutelar⁵.

6. Sentencia de primera instancia

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante sentencia de 18 de julio de 2019, denegó el amparo invocado por la señora Rasmille Cáceres Murillo al no encontrar acreditada la vulneración alegada.

En concreto, explicó que la autoridad judicial demandada hizo referencia al marco normativo especial aplicable a los docentes en el ámbito pensional, para luego indicar que si bien con antelación acudió a los criterios contenidos en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en cuanto se refiere a que los factores base de liquidación pensional enlistados en la Ley 33 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos, lo que permitía el cómputo de emolumentos percibidos de manera habitual y periódica aunque no hubieran sido base de cotización, lo cierto es que en el tema de factores salariales para el cómputo de la pensión de la accionante, la sentencia de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado recogió esa postura y

⁴ Folios 100 a 102 vuelto del expediente.

⁵ Folios 112 a 115 del expediente.





concluyó que solo serían tenidos en cuenta los factores que aparecían en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Agregó que, el Tribunal analizó la legalidad del acto administrativo demandado en contraste con las Leyes 33 y 62 de 1985, y concluyó que no había lugar a declarar su nulidad por cuanto los factores salariales que se pidió incluir en la reliquidación pensional, no se encuentran enlistados en la Ley 33 de 1985 con la modificación incluida en la Ley 62 de 1985.

Añadió que, no puede predicarse el desconocimiento del precedente, toda vez que dicho pronunciamiento fue recogido por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018.

Explicó que en la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 de la Sección Segunda de esta Corporación, se sentó una posición en relación con la forma de liquidar la pensión de jubilación de sector docente.⁶

7. Impugnación

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora la impugnó mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 24 de julio de 2019.⁷

Mencionó que la providencia objeto de revisión, incurrió en desconocimiento del precedente trazado por el Consejo de Estado, en la medida en que el Tribunal Administrativo del Chocó fundó su decisión en la sentencia de unificación SU 395 de 2017 de la Corte Constitucional, en la cual se señaló que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto que solo deben incorporarse aquellos sobre los cuales se realizaron los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social.

Argumentó que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, preceptuó que es necesario incluir aquellos factores que fueron devengados por el trabajador durante el año anterior al momento de la adquisición del estatus pensional, acogiendo el principio de favorabilidad, al aplicar la norma más benéfica al trabajador.

Expresó que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, se traduce en una vulneración de los derechos

⁶ Folios 119 a 124 del expediente.

⁷ La sentencia de primera instancia fue notificada electrónicamente el 23 de julio de 2019, según consta a folio 125 y siguientes del expediente.





207

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-01
Demandante: Rasmille Cáceres Murillo

fundamentales de la actora, pues es claro que debe tenerse en cuenta lo allí dispuesto para la reliquidación pensional de la accionante, por su calidad de docente.

Señaló que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, no es aplicable al sector docente, razón por la cual no debió ser tomada en cuenta para solucionar su solicitud.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017⁸ y, el Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde en este caso establecer si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia que denegó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia de la señora Rasmille Cáceres Murillo.

Para el efecto, se deberá establecer si la autoridad judicial demandada vulneró con sus providencia las garantías constitucionales de la parte accionante, por omitir aplicar las normas sobre el régimen de pensiones de los docentes oficiales y por desconocer el precedente trazado por la Sala en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que señala que deben incluirse la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del estatus pensional y la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

Para abordar el problema jurídico planteado se analizarán los siguientes aspectos: i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; ii) estudio sobre los requisitos adjetivos de procedibilidad; y; iii) el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

⁸ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"





De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁹, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁰, conforme al cual:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.»¹¹.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación. Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **«...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...»**.

Es claro que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹² a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.





En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez y **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Examen de los requisitos de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias judiciales. Procedencia adjetiva

Es pertinente señalar que si bien en primera instancia, se encontraron superados los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela, pues en el fallo impugnado se estudió de fondo el asunto, lo cierto es que en lo referente a la subsidiariedad, se debe precisar lo siguiente:

La parte demandante adujo que la sentencia bajo censura adolece de los defectos sustantivo y ausencia de motivación por la incongruencia presentada entre el fundamento de la parte motiva y la decisión.

Lo anterior, dado que en la sentencia se especifica que los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, se rigen por la Ley 33 y 62 de 1985 y la Ley 91 de 1989, y concluye que los factores salariales que se deben tener en cuenta para el





reconocimiento de la pensión son aquellos sobre los cuales se realizaron los correspondientes aportes o cotizaciones.

En síntesis, en criterio de la demandante, las consideraciones de la sentencia se orientaban a una decisión favorable a sus pretensiones, no obstante, resolvió lo contrario, por lo que en ese punto se concretó la incongruencia aludida.

Al margen de la razonabilidad de este argumento, lo cierto es que el juez constitucional no es competente para determinar si el proveído bajo cuestionamiento adolece de incongruencia, ya que tal análisis corresponde al juez natural en instancias del recurso extraordinario de revisión.

Por lo tanto, la Sala advierte que la demanda de tutela, en este aspecto, no supera el requisito de subsidiariedad, toda vez que de acuerdo con la postura de la Sala Veintidós Especial de Decisión de esta Corporación¹³, la incongruencia da lugar a la nulidad originada en la sentencia, que es una de las causales que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión, en los términos del numeral 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011¹⁴.

La tesis de la referida Sala Especial de Decisión fue expuesta en los siguientes términos:

“El artículo 250 del CPACA consagra en su numeral 5°, como causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

(...)

Dentro del contexto expuesto en el acápite anterior, la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa ha indicado que debe aceptarse que la causal 6ª del artículo 188 del C.C.A., hoy 5 del artículo 250 del CPACA, por nulidad originada en la sentencia, se configura, entre otras razones, cuando al demandado se le condena por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en la misma.

(...)

Ello significa que es procedente el recurso extraordinario de revisión contra los fallos dictados por esta jurisdicción en Tercera instancia o única, si se alega el desconocimiento del principio de la congruencia, que en

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Providencia de dos (2) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02342-00(REV). Magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro.

¹⁴ Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

(...)

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

(...)





209

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-01
Demandante: Rasmille Cáceres Murillo

últimas implica una actuación sin competencia.

(...)

*En el primer caso, se trata de la congruencia externa de la sentencia. Se puede identificar porque en líneas generales es lo que preceptuaba el artículo 170 del C.C.A., y las normas del procesal civil, según los cuales el fallo debe estar en armonía con lo pedido y alegado tanto por la parte demandante como por la parte demandada. Y, en el segundo evento, corresponde a la **congruencia interna, que es la coherencia que ha de existir entre lo dispuesto en la parte resolutive y lo argüido en la parte motiva de la providencia.***

(...)

*En este orden de ideas, esta Sala Especial advierte, conforme a lo expuesto, que **la causal de revisión** contenida en el numeral 5° del artículo 250 del CPACA -antes 6 del artículo 188 del C.C.A.-, es decir, nulidad originada en la sentencia, **se puede configurar cuando el fallo objeto de revisión ha desatendido la congruencia interna y/o la externa, pues, en uno y otro caso, el fallador incurre en una clara violación del debido proceso, artículo 29 constitucional**, dado que la providencia proferida en esos términos resulta contraria a las formas propias de cada juicio, en específico, la falta de competencia del juez para abordar asuntos frente a los cuales no se podía pronunciar (...)" (Destacado por la Sala)*

En consideración a la anterior tesis, la inobservancia del principio de congruencia da lugar a que se configure la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, esto es, *"Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación."*

En razón de lo expuesto, el cargo de la demanda, relacionado con el defecto sustantivo y ausencia de motivación, por falta de consonancia entre el fundamento del fallo y la parte resolutive, no supera el requisito de subsidiariedad, comoquiera que en tal caso procede el recurso extraordinario de revisión y, por lo tanto, la Sala se abstendrá del estudio de este aspecto, y declarará improcedente la solicitud de amparo en lo que respecta al particular, razón por la cual se revocará el fallo de primera instancia sobre este punto.

Precisado lo anterior, la Sala abordará el fondo de la solicitud en relación con los demás argumentos, sin perjuicio de resaltar el carácter excepcional de la tutela, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales.

5. Del caso concreto

A juicio de la parte actora, la autoridad judicial demandada desconoció el precedente plasmado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, por la





Sección Segunda del Consejo de Estado, que señala que deben incluirse la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, así como la sentencia del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Previo al estudio de fondo del caso concreto, es necesario precisar que si bien esta Sección en casos similares al aquí estudiado¹⁵, amparaba el derecho fundamental al debido proceso invocado por los docentes accionantes, también lo es que en decisiones anteriores¹⁶ recogió dicho criterio, conforme pasa a analizarse.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala deberá determinar lo siguiente:

Si se **desconoció el precedente** del Consejo de Estado al no aplicar las sentencias del 4 de agosto de 2010 y 28 de agosto de 2018, proferidas por la Sección Segunda y la Sala Plena de esta Corporación, respectivamente.

5.1. Del desconocimiento del precedente

La parte accionante considera que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta para proferir su decisión, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación, y en su lugar, sustentó su providencia en la línea trazada por la Corte Constitucional en relación con el ingreso base de liquidación (IBL).

La posición que ha sostenido la Sala frente a un presunto defecto por desconocimiento de precedente, corresponde al siguiente:

«...es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirven de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla... que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido¹⁷...»

Adicionalmente, debe precisarse que esta Sección en reiterados pronunciamientos ha indicado que el concepto de precedente hace referencia

¹⁵ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sentencias del 13 de diciembre de 2018. M.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2018-02632-01, Rad. 11001-03-15-000-2018-01853-01; M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹⁶ Ver entre otras, la sentencia del 7 de febrero de 2019. Radicación: 11001-03-15-000-2018-02985-01. Magistrado ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹⁷ Sentencia del 19 de febrero de 2015, Consejo de Estado, Sección Quinta, con ponencia del magistrado Alberto Yepes Barreiro, expediente 2013-02690-01.





a la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la *ratio decidendi*, la cual no está atada al número de fallos, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho.

Asimismo, se ha destacado que el carácter vinculante de las reglas o subreglas de derecho creadas por las Altas Cortes, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez, a sus funciones asignadas por la norma superior y a la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como, en la coherencia del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la parte que invoca el desconocimiento de un precedente jurisprudencial, debe cumplir con la carga mínima de i) identificar la decisión que considera desatendida, ii) la *ratio* de la misma aplicable a la solución del nuevo caso que se somete a la jurisdicción dada la analogía con la Litis anterior, y iii) la incidencia de esta en la decisión final que adopte el fallador de instancia.

Para el caso concreto, se observa que el Tribunal cuestionado, revocó la decisión que denegó las pretensiones de la demanda proferida en primera instancia y explicó las razones legales y jurisprudenciales por las cuáles se tomaron como factores salariales para la liquidación de la pensión, los que se tuvieron en cuenta para realizar las cotizaciones al sistema, sin que en momento alguno desconociera que la accionante pertenecía a un régimen exceptuado.

Según la **posición de la Corte Constitucional** en la sentencia SU 395 de 2017, solo se deben tomar como factores de liquidación de la pensión aquellos ingresos recibidos efectivamente por el beneficiario que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas.

A su vez, se encuentra que la **sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado** estableció una regla relacionada con la forma de liquidación del IBL bajo los parámetros previstos en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, según la cual las pensiones de jubilación reguladas por dicha ley deben ser liquidadas con base en todos los factores salariales efectivamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, debido a que en dicha normativa no se indicaba en forma taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, sino de manera enunciativa.

Así las cosas, resulta del caso aclarar que la sentencia de unificación citada no se refirió al régimen especial de la pensión de jubilación aplicable a los





docentes, sino que abordó el caso de un servidor cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, este criterio no resulta aplicable al caso en particular, puesto que la parte actora era beneficiaria del régimen especial docente.

Al respecto, la Sala manifiesta que si bien la Corte Constitucional, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 no se pronunció en concreto sobre el régimen de los docentes, lo cierto es que sí indicó que en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional todas las pensiones, independientemente del régimen que les sea aplicable, deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes.

Por lo que, para esta Sección, el Tribunal demandado al resolver el recurso de alzada, no incurrió en el desconocimiento de la sentencia del 4 de agosto de 2010, puesto que profirió la decisión atacada con base en el criterio general de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 para concluir que solo se deberían tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se realizaron los aportes pensionales¹⁸.

En cuanto se refiere a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de esta Corporación citada por la accionante como desconocida, es pertinente anotar que la misma no es aplicable a los docentes, toda vez que reformuló el criterio respecto de la regla contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 emanada de la Sección Segunda.

Si bien en la referida providencia no se abordó el tema de los docentes, lo cierto es que ello no tiene incidencia en el resultado de la decisión proferida por el Tribunal, por cuanto en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 la Sala Plena del Consejo de Estado acogió la postura de la Corte Constitucional, y advirtió que la regla consistente en que, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal, únicamente se deben liquidar en el IBL

¹⁸ Asimismo, cabe anotar que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Colegiatura del 28 de agosto de 2018, dictada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho número 52001-23-33-000-2012-00143-01, reformuló su criterio respecto de la regla contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 emanada de la Sección Segunda, de la cual se alega el desconocimiento. En la mencionada sentencia se fijaron reglas sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen especial previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en el sentido que sólo se incluyen aquellos sobre los cuales se haya efectuado aporte o cotización, no obstante, en dicho proveído se advirtió que aquellas no cobijaban «...a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio».





pensional, los factores sobre los cuales se hubiesen realizado los respectivos aportes, también aplica a los docentes.

Igualmente, esta Sala advierte que respecto de los factores salariales que se deben incluir para calcular el IBL a efecto de la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, indicó:

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- ***En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.”¹⁹ (Negrillas propias del texto)

Por las anteriores razones, es claro que, contrario a lo anotado por la parte accionante, en su caso no se configuró el desconocimiento del precedente judicial.

Adicionalmente, es importante señalar que el Tribunal Constitucional al resolver en sede de revisión, un asunto de similares características fácticas y jurídicas²⁰, al sometido en esta oportunidad al estudio de la Sala, concluyó que:

«[L]a decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral, se encuentra ajustada a derecho al negar las solicitudes de la accionante

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. M.P. César Palomino Cortés. Rad 68001-23-33-000-2015-00569-01.

²⁰ Acción de tutela incoada por Fanny Acosta Santacruz contra el Tribunal Administrativo de Nariño Sala de Decisión Oral.





fundamentándose en los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 y encontrando que sobre ellos no se efectuaron los aportes al sistema de seguridad social en los términos de las mencionadas normas, el Acto Legislativo 01 de 2005 y de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 exponiendo las razones suficientemente sustentadas para apartarse del precedente sentado por el Consejo de Estado y acogerse a lo señalado por la Corte Constitucional, lo cual considera, es de obligatorio cumplimiento, señalando que "dada la norma especial (ley 91 de 1989) no será aplicable el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios tal como se expresa la sentencia SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, sino será procedente el cálculo de la mesada pensional con base en los factores salariales sobre los cuales se cotizó en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, por criterios de especialidad de la norma"

Por lo anterior, habrá de ser revocada la decisión de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en única instancia y se negará la solicitud de amparo propuesta por la señora Fanny Acosta Santacruz por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral se encuentra ajustada a derecho²¹.»

De acuerdo con la anterior sentencia de tutela que representa un criterio auxiliar de interpretación, la autoridad judicial allí cuestionada no incurrió en ningún desafuero, al considerar que debía acogerse a la posición expuesta por la Corte Constitucional en las diferentes sentencias de unificación, pues los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de la docente son aquellos sobre los cuales se efectuaron los respectivos aportes pensionales.

En el orden expuesto, la Sala concluye que no se desconoció el precedente invocado, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia que denegó el amparo solicitado, en cuanto se refiere a este defecto.

En consecuencia, se revocará parcialmente el fallo de 18 de julio de 2019, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela respecto del defecto sustantivo y la decisión sin motivación por el cargo de incongruencia de la sentencia y se confirmará en cuanto se refiere al desconocimiento del precedente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-328 del 13 de agosto de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.





212

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-01
Demandante: Rasmille Cáceres Murillo

FALLA:

PRIMERO: Revócase parcialmente el fallo de 18 de julio de 2019, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela respecto del defecto sustantivo y la decisión sin motivación por el cargo de incongruencia de la sentencia, de conformidad con lo anotado en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Confírmase en lo demás el fallo impugnado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada (E)

