



De

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-00  
Demandante: RASMILLE CÁCERES MURILLO

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

**CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019)**

**Referencia:** ACCIÓN DE TUTELA  
**Radicación:** 11001-03-15-000-2019-01794-00  
**Demandante:** RASMILLE CÁCERES MURILLO  
**Demandado:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

**AUTO ADMITE TUTELA**

Por reunir los requisitos exigidos por el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 y de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000<sup>1</sup>, se dispone:

**PRIMERO.- ADMÍTESE** la acción de tutela interpuesta, mediante apoderado, por la señora Rasmille Cáceres Murillo, contra el Tribunal Administrativo del Chocó.

**SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE<sup>2</sup>** el presente auto a la parte demandante, a la autoridad judicial demandada, al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, así como a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y a Fiduprevisora S.A., como terceros interesados en el resultado del proceso, a quienes se les remitirá copia de la solicitud de amparo. Así mismo, **PUBLÍQUESE** esta providencia en la página web del Consejo de Estado para el conocimiento de todos los terceros interesados.

**TERCERO.- NOTIFÍQUESE<sup>3</sup>** a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso. La notificación se deberá hacer **por vía electrónica y por buzón**, de manera que **no** se enviará documento alguno en papel. **INFÓRMESE** que el expediente queda a su disposición por si desea revisarlo.

**CUARTO.- INFÓRMESE** a la autoridad judicial demandada, al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó y a los terceros interesados que en el término de dos (2) días y por el medio más expedito, pueden rendir informe sobre los hechos objeto de la presente acción.

**QUINTO.- OFÍCIESE** al Tribunal Administrativo del Chocó y al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, en el evento que el expediente haya sido devuelto, para que allegue copia del expediente del proceso No. 270013333003-2017-00072-01, actora: Rasmille Cáceres Murillo.

<sup>1</sup> En concordancia con: Artículo 2.2.3.1.2.1 Reparto de la acción de tutela, Sección 2 Reglas para el reparto de la acción de tutela, Capítulo 1 De la acción de tutela, Título 3 Promoción de la justicia, Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

<sup>2</sup> En concordancia con: Artículo 2.2.1.1.1.4 De la notificación de las providencias a las partes, Sección 1 Aspectos generales, Capítulo 1 de la acción de tutela, Título 3 Promoción de la justicia, Decreto 1069 de 2015.

<sup>3</sup> En concordancia con: Artículo 2.2.3.2.3 Notificación de autos admisorios y de mandamiento de pago a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Capítulo 2 Intervención discrecional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Título 3 Promoción de la Justicia, Decreto 1069 de 2015.

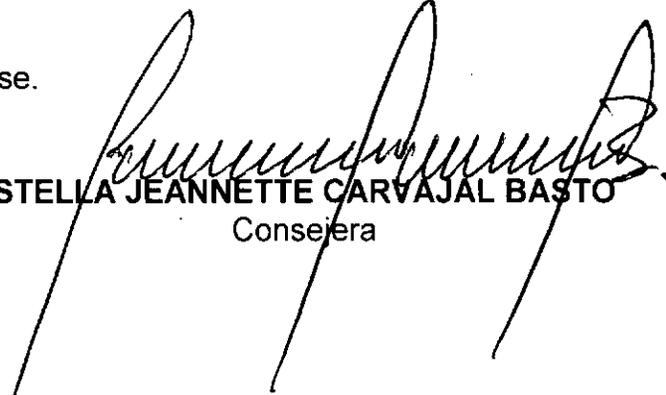


Radicado: 11001-03-15-000-2019-01794-00  
Demandante: RASMILLE CÁCERES MURILLO

**SEXTO.- SUSPÉNDENSE** los términos de la presente acción de tutela hasta tanto se allegue el expediente solicitado.

**SÉPTIMO.- RECONÓCESE** personería al abogado Yobany Alberto López Quintero, como apoderado de la señora Rasmille Cáceres Murillo, conforme con el poder que obra en el folio 33.

Notifíquese y cúmplase.

  
**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**  
Consejera





**LÓPEZ QUINTERO**

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

Bogotá, ABRIL de 2019

Señores:

CONSEJO DE ESTADO

E.S.D.

2019MAY 02 04:10PM

CONSEJO DE ESTADO

SECRETARIA GENERAL

**REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA de RASMILLE CACERESMURILLO** contra la sentencia del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**, proferida dentro del Proceso Ordinario Contencioso, medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° **27001333300420170007201**.

Honorables Consejeros:

**YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO** mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **89.009.237 de Armenia** y **T. P. 112.907 del C.S. de la J.** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado del (la) Docente **RASMILLE CACERESMURILLO**, identificado (a) con cédula de ciudadanía N° **26.366.427**, acudo ante su despacho con el fin de solicitarle el amparo constitucional establecido en el Artículo 86 de la Constitución Política denominado **ACCIÓN DE TUTELA** con el objeto que protejan los derechos fundamentales al **MINIMO VITAL, DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, vulnerado por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**, con ocasión de la expedición de la providencia del **07 DE DICIEMBRE DE 2018**, dentro del proceso Ordinario Contencioso con Radicado No. **27001333300420170007201**, con fundamento en los siguientes:

**I. HECHOS**

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

1. El(la) docente **RASMILLE CACERESMURILLO** laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos en la ley, para el reconocimiento de la pensión de jubilación por esa entidad.
2. Mediante Resolución No. **2577 DE 13 DE OCTUBRE DE 2015**, se reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Jubilación.
3. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos

1 con 83 fls  
con 3 cos a fl 35 JOL



**LÓPEZ QUINTERO**

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

4. La accionante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pretendiendo la nulidad parcial del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho se ordenara la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del **13/10/2014**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados en el último año anterior al cumplimiento del status de pensionado.

5. En primera instancia conoció el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO, que mediante sentencia del **18 DE JUNIO DE 2018**, accedió a las súplicas de la demanda; declarando la nulidad del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, ordenó la reliquidación y pago de la pensión de jubilación en un monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, teniendo en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibiera como retribución que no fueron incluidas para realizar el computo del ingreso base de liquidación.

6. La decisión del **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO** fue apelada por la entidad demandada.

7. El **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**, mediante fallo del **07 DE DICIEMBRE DE 2018** revocó la sentencia del **18 DE JUNIO DE 2018** proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO y negó las pretensiones de la demanda.

## II. PRETENSIONES

1. Se declare que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**, integrada por los magistrados **MIRTA ABADIA SERNA, ARIOSTO CASTRO PEREA, NORMA MORENO MOSQUERA**, transgredió los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, 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 CACERESMURILLO** contra La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, bajo radicado **N°27001333300420170007201**.



2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO, integrada por los Magistrados MIRTA ABADIA SERNA, 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 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.

### III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA UNA PROVIDENCIA JUDICIAL

La jurisprudencia ha admitido excepcionalmente la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando éstas son el resultado de una actuación arbitraria o caprichosa del funcionario judicial constitutiva de una vía de hecho.

Se ha advertido por la H. Corte Constitucional que las acciones u omisiones constituyen vía de hecho, cuando contrarían el ordenamiento jurídico, y suponen su radical negación, encontrándose los jueces de tutela en obligación de proteger el derecho al debido proceso de las partes afectadas<sup>34</sup> con tal conducta.

Resulta entonces, procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, más aún cuando la jurisprudencia ha dado un giro de modo tal que el concepto de vía de hecho se ha remplazado por el de "causales genéricas de procedibilidad de la acción" los cuales suponen la posibilidad de atacar mediante la acción de tutela las sentencias judiciales por defectos que no necesariamente deben suponer una interpretación grosera y abusiva de las normas, pues se incluyen aquellos casos en los que el juez se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

Se ha advertido por la H. Corte Constitucional que las acciones u omisiones constituyen vía de hecho, cuando contrarían el ordenamiento jurídico, y suponen su radical negación, encontrándose los jueces de tutela en obligación de proteger el derecho al debido proceso de las partes afectadas<sup>35</sup> con tal conducta.

<sup>34</sup> Sobre la titularidad del derecho al debido proceso respecto de las personas naturales, así como de las personas jurídicas, ver la Sentencia T-184 del 4 de marzo de 2004. Expediente T-813807.

<sup>35</sup> Sobre la titularidad del derecho al debido proceso respecto de las personas naturales así como de las personas jurídicas, ver la Sentencia T-184 del 4 de marzo de 2004. Expediente T-813807.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

Resulta entonces, procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, más aún cuando la jurisprudencia ha dado un giro de modo tal que el concepto de vía de hecho se ha remplazado por el de "causales genéricas de procedibilidad de la acción" los cuales suponen la posibilidad de atacar mediante la acción de tutela las sentencias judiciales por defectos que no necesariamente deben suponer una interpretación grosera y abusiva de las normas, pues se incluyen aquellos casos en los que el juez se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

Sobre el particular, resulta del caso traer a colación la sentencia, C- 590 de 2005, en la cual, la H. Corte Constitucional enunció con claridad las causales generales y particulares que permiten determinar la procedencia de acción de tutela contra providencias judiciales, ocasión en donde puntualizó:

"23. En ese marco, los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.

24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. Salvo que pueda demostrarse la existencia de



una razón que hubiere impedido al accionante el ejercicio inmediato de la acción.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.



g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución".

Lo anterior, fue reiterado por la H. Corte Constitucional, a través de providencia T - 104 de 2007.

De acuerdo con lo anterior, se procede a plantear la procedencia de la acción de tutela contra el fallo judicial en referencia proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO del **07 DE DICIEMBRE DE 2018**, en el cual se evidencia una serie de irregularidades sustantivas presentadas al interior del proceso judicial promovido por el (la) Docente **RASMILLE CACERESMURILLO**, por lo que resulta en el caso entrar a demostrar la vulneración a los derechos fundamentales a que ha sido sometida, previo estudio de la procedencia del mecanismo judicial invocado.

## CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS GENERALES Y ESPECIFICOS

### REQUISITOS GENERALES:

i) Indicar los hechos y las razones en que se fundamenta la acción: Es del caso presentar los hechos que generaron esta acción judicial.

- El (la) señor (a) **RASMILLE CACERESMURILLO** laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos en la ley, para el reconocimiento de la pensión de jubilación por esa entidad.

- Mediante Resolución No. **2577 DE 13 DE OCTUBRE DE 2015**, se reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Jubilación.

1. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de



navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

2. La accionante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pretendiendo la nulidad parcial del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho se ordenara la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del **13/10/2014** equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados en el último año anterior al cumplimiento del status de pensionado.
3. En primera instancia conoció el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO, que mediante sentencia del 18 DE JUNIO DE 2018, accedió a las súplicas de la demanda; declarando la nulidad del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, ordenó la reliquidación y pago de la pensión de jubilación en un monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, teniendo en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibiera como retribución que no fueron incluidas para realizar el computo del ingreso base de liquidación.
4. La decisión del JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO fue apelada por la entidad demandada.
5. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO, mediante fallo del **07 DE DICIEMBRE DE 2018** revocó la sentencia del 18 DE JUNIO DE 2018 proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO y negó las pretensiones de la demanda.

Teniendo en cuenta los hechos anteriormente expuestos, es del caso proceder a exponer las razones mediante las cuales es procedente invocar la presente acción.

Es de precisar que la decisión del Tribunal se basó en una reseña final dentro de todo el ámbito argumentativo que desarrolló a lo largo de la sentencia, por cuanto inicialmente expone y explica que los



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

docentes nacionales o nacionalizados que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, que es el caso de la accionante, se les aplica las normas vigentes para los servidores del sector público nacional y sus pensiones estarán a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985, que por su parte frente a los factores salariales aplicables conforme a lo reglado en la Ley 33 de 1985, corresponde a lo dispuesto por la Ley 62 de 1985.

Asimismo, afirmó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación a los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, sentaron noción en el sentido de que no debe interpretarse de forma taxativa sino meramente enunciativa, de lo contrario se estaría vulnerando el principio de progresividad, igualdad y de primacía de la realidad sobre las formalidades.

De tal manera que argumenta en los siguientes términos:

"(...) esta Sala de Decisión viene recogiendo el criterio que se ha aplicado a quienes pretendan la reliquidación de la pensión, en el sentido de reconocer todos los factores salariales devengados por el pensionado sin importar que sobre los mismo no se hubiere realizado aportes al sistema de seguridad social en pensiones tal cual lo desarrolló el Consejo de Estado en la pluricitada sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010.

En este punto, se resalta que a la fecha en que se profiere la presente providencia la tesis reinante y vigente es la fijada da en la sentencia de agosto veintiocho(28) de dos mil dieciocho (2018), esto es, según la cual el régimen general de pensiones, previsto en la ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional"**

Sin embargo, al finalizar el análisis del estudio concluye argumentando que si bien es cierto es procedente la aplicación de la Ley 33 de 1985, por su fecha de vinculación como docente, también lo es que en lo atinente a los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento pensional deben tenerse en cuenta aquellos que son directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes o cotizaciones a las pensiones por imperativo legal.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

9

De esta manera, concluyen y deciden así en revocan la decisión de primera instancia, exponiendo que la pensión del (la) señor (a) RASMILLE CACERESMURILLO se encuentra bien liquidada de la tal manera no se debe modificar las condiciones por las cuales fue reconocida pensión sin incluir factores salariales adicionales, por cuanto no se encuentran enlistados en la Leyes 33 y 62 de 1985.

De acuerdo con lo anterior el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO realizó una equívoca argumentación jurídica y por ende el análisis final del fallo termina contrariando el estudio explicativo que expone durante la sentencia.

Por cuanto termina efectuando así una interpretación que se rige por fuera del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable para una decisión judicial. De tal manera ocasionando un abuso del derecho, pues se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes pensionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior sin llegar a determinar que existió alguna conducta ilícita, sino del empleo de una interpretación de la ley contraria a la Ley y la Constitución.

Es del caso señalar que el H. Consejo de Estado ha reiterado su posición en cuanto a la interpretación de la inclusión de los factores salariales en la pensión de jubilación, al ser taxativa estaría vulnerando el principio de igualdad.

Ya que en virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional, en caso de duda en la aplicación y/o interpretación de una o más normas que regulan de manera diferente una misma situación fáctica debe optarse por aquella que sea más beneficiosa para el trabajador o su beneficiario. De tal manera que la interpretación que se le debe dar a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, debe ser la que permita efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es por ello que como quiera que en dichas normas no enlista los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, permite concluir que son todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Tal es así y en consonancia con la normatividad, doctrina y la jurisprudencia que ha trazado en torno a la cuantía de las pensiones



**LÓPEZ QUINTERO**

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica.

ii) El accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios:

Para el caso, el fallo al cual se está demandando resuelve el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Dicha sentencia de segunda instancia fue proferida el 07 DE DICIEMBRE DE 2018 y notificada 07 DE DICIEMBRE DE 2018, la cual ya se encuentra ejecutoriada.

iii) Que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez):

Es de señalar que el fallo de segunda instancia fue proferido el 07 DE DICIEMBRE DE 2018 y fue notificada por 07 DE DICIEMBRE DE 2018, de tal manera que ya se encuentra ejecutoriada.

La presente acción se está presentando en ABRIL de 2019, estando dentro de los seis meses siguientes a la notificación del fallo.

iv) Que el asunto sea de evidente relevancia constitucional:

El despacho encontrara probado que el tema prestacional y en especificó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio dando aplicación a las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, es un tema de gran importancia y relevancia constitucional, tal es así que ha sido debatido y analizado no solo por el H. Consejo de Estado sino por la H. Corte Constitucional, además porque el tema de pensiones afecta en gran medida el mínimo vital, el derecho a la igualdad, a la seguridad social etc., de personas que en su mayoría ya son de la tercera edad.

Por cuanto es de vital importancia el estudio de dicho fallo ya que se encuentra vulnerando derechos constitucionales de una persona de la tercera edad, en donde al efectuarse una mala liquidación de su prestación está afectando su mínimo vital.

iv) Que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.



**LÓPEZ QUINTERO**

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

El fallo objeto de la presente acción es proferido dentro de un proceso contencioso administrativo contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, proceso que en primera instancia conoció el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO.

Juez que profirió sentencia el 18 DE JUNIO DE 2018, mediante el cual accedió a las pretensiones de la demanda y la entidad accionada presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO que, mediante fallo del 07 DE DICIEMBRE DE 2018, revocó la decisión del *ad quo*.

#### **REQUISITOS ESPECIALES:**

Es del caso pasar a exponer y entrar a demostrar al Despacho que se cumplen con los requisitos especiales para la procedencia de la acción de tutela contra el fallo judicial que se alega.

#### **DEFECTO SUSTANTIVO EN LA APLICACIÓN Y/O INTERPRETACIÓN Y FALTA DE MOTIVACIÓN**

Se procederá a demostrar, a partir de los elementos normativos y jurisprudenciales que estamos frente a una providencia judicial que reviste de características de una vía de hecho que vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, mínimo vital y acceso a la administración de justicia, que se genera por defecto sustantivo, defecto por falta de motivación y defecto por desconocimiento del precedente, que da lugar a que a que se conceda la presente acción de tutela para poder amparar los derechos fundamentales de mi representada y que se emitan las órdenes necesarias para su respectiva protección y la cesación de los efectos del fallo en hacer prevalecer claros principios y derechos constitucionales de naturaleza fundamental.

Es del caso señalar al H. Despacho como el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO incurrió en **DEFECTO SUSTANTIVO Y FALTA DE MOTIVACIÓN** al incurrir en una incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión, por cuanto dentro del despliegue argumentativo a lo largo de sentencia, especifican que los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 como es el caso del (la) Docente RASMILLE CACERESMURILLO se les aplica las normas para los servidores del sector público nacional y sus pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del



Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985 y la ley 91 de 1989.

Asimismo, ratifica lo decantado por el Consejo de Estado en relación con los factores salariales que integran el ingreso base de liquidación de la pensión establecida para las leyes 33 y 62 de 1985, que ha sentido en el sentido de que no debe interpretarse de forma taxativa sino meramente enunciativa, porque se estaría vulnerando el principio de progresividad, igualdad, de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Luego cito y reseñó la Sentencia 36 del H. Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010 con ponencia del C. Víctor Hernando Alvarado Ardila, para manifestar:

*"(...) En atención al citado precedente, es preciso aclarar que la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.*

*(...) Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que automáticamente, los factores que no han ido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra*

36 Radicación número: 2500-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Sentencia del 04 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



efectivar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de derecho"

Ratifica el Tribunal aduciendo de la importancia y el obligatorio cumplimiento que es para las autoridades darle prioridad al precedente jurisprudencial constitucional antes que, a los pronunciamientos expedidos por órgano de cierre," *por la simple razón que este deber nace del sometimiento general a la Constitución Política y luego entonces, las decisiones de su máximo intérprete"*

De tal modo que su razonamiento conduce a la importancia primero del cumplimiento al antecedente jurisprudencial y a la interpretación que conduce a la aplicación textual a las leyes 33 y 62 de 1985, sin embargo el alto Tribunal termina su argumento jurídico aduciendo que de acuerdo con el análisis de la norma y recogiendo la jurisprudencia impartida por el Consejo de Estado, es aplicable al caso en concreto de la accionante que como quiera que se vinculó como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003 y que de acuerdo con la fecha de vinculación, le es aplicable lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985.

De tal manera que concluye que lo referente a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión, solo se pueden atender *"aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes o cotizaciones a las pensiones por imperativo legal, no queda más remedio para esta Colegiatura que revocar la decisión de primera instancia, puesto que el análisis elaborado por el ad quo estuvo encaminado ineludiblemente a la inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados por el docente en el año anterior a la adquisición del status de pensionada (...)"*

Es por ello que no resulta congruente que el alto Tribunal presente inicialmente 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, siguiendo su análisis jurídico en establecer que para que dichos factores sean tenidos en cuenta en su integridad se debe presentar cotización por cada uno de ellos.

## DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

ANTIGUOS TERRITORIOS: Amazonas, Guaviare, Vaupés y Vichada. Cra. 26 # 35 - 09 Piso 4. Edificio Asociación de Educadores del Meta ADEM Cel. 317 854 3555 - 312 532 5431 Villavicencio. ANTOQUIA: Cra. 50 # 30 - 103 Av. Palace Edificio Guarda Sol. Local 109 Tel. (4) 322 0653 Cel. 317 641 1297 - 317 621 7857 - 317 6213 542 Medellín. ARAUCA: Cra. 22 # 19 - 63 Diagonal al Colegio General Santander Primaria Tel. (7) 885 0399 Cel. 317 682 7927 Arauca. APARTADÓ: Cra. 99 # 96 - 35 Centro Empresarial Apartamento Of. 221 Tel. (4) 828 1033 Cel. 310 429 3857 Apartadó. ATLÁNTICO: Cra. 38B # 66 - 39 Sede Sindicato de Educadores ADEA Tel. (5) 385 4603 Cel. 315 584 8820 Barranquilla. BOGOTÁ: Cra. 31A # 25A - 26 Barrio Gran América. Cil. 44 # 54 - 78 Piso 3. Barrio La Esmeralda Tel. (1) 695 3312 - (1) 712 4748 - (1) 805 6620 Cel. 318 510 1768 - 318 510 3253 Bogotá. BOLÍVAR: Centro Cil. Cuartel del Fijo - Casa del Educador # 36 - 32 Tel. (5) 664 0196 - (5) 664 0187 Cel. 314 778 4078 Cartagena. BOYACÁ: Cil. 21 # 9 - 62 Primer Piso Tel. (8) 743 0366 Cel. 317 621 7891 Tunja. CALDAS: Cil. 22 # 23 - 23 Local 1. Edificio Concha López Tel. (6) 891 2191 - (6) 891 2192 Cel. 318 514 6141 - 316 294 5127 Manizales. CARTAGO: Cil. 10 # 4 - 57 C.C. Santa Ana Plaza Local 111 - 112 - 113 Tel. (2) 214 4102 Cel. 317 515 0441 Cartago. CAQUETÁ: Cra. 13 Cil. 13 Esquina Barrio Centro. Local 1 Tel. (8) 437 7043 Cel. 318 603 7686 Florencia. CESAR: Cil. 15 # 11 - 37 Barrio Loperena Tel. (5) 589 8157 Cel. 318 847 5952 - 317 424 1421 Valledupar. CHOCÓ: Cra. 6 # 26 - 91 Barrio Alameda Reyes. Local 2 Tel. (4) 670 8226 Cel. 317 672 1530 Quibdó. CÓRDOBA: Cra. 4 # 26 - 15 Esquina Local 4. Primer piso Tel. (4) 788 7714 Cel. 315 252 9144 Montería. FACATATIVÁ: Calle 8 # 2 - 58 Diagonal al antiguo Servisalud Tel. (1) 691 3700 Facatativá. GIRARDOT: Calle 16 # 12 - 39 Al Respatío del Hotel COMFACUNDI Tel. (1) 891 3700 Girardot. GUAJIRA: Cra. 7 # 4 - 05 Tel. (5) 727 2110 Cel. 317 576 7473 Riohacha. HUILA: Cil. 7 # 6 - 27 Local 105 - 106. Primer piso. Edificio Caja Agraria Tel. (8) 871 1118 Cel. 318 887 2002 - 318 493 8446 Neiva. MAGDALENA: Cil. 22 # 4 - 70 Edificio Galaxia. Local 114 y 115 Tel. (5) 439 5147 Cel. 318 866 5182 Santa Marta. META: Cra. 26 # 35 - 09 Piso 4. Edificio Asociación de Educadoras del Meta ADEM Cel. 317 621 8002 - 312 532 5431 Villavicencio. NORTE DE SANTANDER: Av. 6 # 12 - 60 Centro Tel. (7) 572 2676 Cel. 316 461 9484 Cúcuta. QUINDÍO: Cra. 13 # 15 Norte 35 Diagonal Restaurant La Fogata Tel. (6) 749 7777 - (6) 749 7676 Cel. 317 641 2381 - 318 895 2814 Armenia. SANTANDER: Cra. 27 # 34 - 62 Primer piso, junto al Sindicato de Educadores SES. Cra. 27 # 34 - 44 Sindicato de Educadores SES. Piso 6 Tel. (7) 635 0400 - (7) 634 3617 - (7) 634 3618 - (7) 634 3619 Cel. 317 621 8096 - 317 621 8095 - 318 857 7044 Bucaramanga. RISARALDA: Cil. 13 # 6 - 38 Frente al Sindicato de Educadores SER Tel. (6) 333 2366 Cel. 317 621 7971 Pereira. SOACHA: Calle 13 # 5 - 97 C.C. Tequendama. Piso 3. Local 205 Tel. (1) 900 3124 Soacha. SUCRE: Cil. 22 # 18 - 10 Local 101 Centro Tel. (5) 271 4129 Cel. 318 557 7140 - 317 621 3472 Sincelajo. VALLE DEL CAUCA: Cil. 9 # 4 - 39 Local 101 y 104 C.C. El Cid Tel. (2) 489 4182 - (2) 489 5021 Cel. 317 567 2273 Cali. ZIPAQUIRÁ: Calle 5 # 10A - 47 Barrio Algarra 1 Tel. (1) 882 8910 Zipaquirá.



Es preciso señalar que la decisión contenida en la sentencia del 07 DE DICIEMBRE DE 2018 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO resulta incongruente, teniendo en cuenta que el marco jurídico con el que argumenta su tesis se basa en todo el precedente jurídico que tiene el 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, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, sin embargo concluye que en lo concerniente a los factores salariales se deben tener en cuenta "aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes o cotizaciones a las pensiones por imperativo legal".

Es por ello que se infiere que se presenta un defecto por desconocimiento del precedente judicial por cuanto el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO dentro argumento jurisprudencial citó varias sentencias del H. Consejo de Estado, que explican la aplicación de la Ley 33 de 1985 y en específico lo concerniente a los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la prestación.

Lo anterior, debido a que según dicho precedente las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985 se deben liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio, situación definida de forma contraria por la autoridad judicial accionada.

Así las cosas, debe observar el Honorable Consejo de Estado, como lo indicó en ocasiones anteriores<sup>37</sup>, que en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 la Sección Segunda del Consejo de Estado se ocupó de determinar si en el caso de un servidor público de la aeronáutica civil, el cual estaba cobijado por el régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993, era procedente el reajuste de pensión de jubilación, para tener en cuenta todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional o sólo aquéllos cotizados en los diez años previos, de conformidad con el artículo 36 de dicha normatividad. Lo anterior, debido a que existían diversas posturas respecto a si el IBL es o no un elemento del régimen de transición de la referida ley. **Es preciso** aclarar que la sentencia de unificación citada no se describió al régimen

37 Consejo de Estado, Sentencia del 6 de septiembre de 2017. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2017-01898-00; Sentencia del 23 de noviembre de 2017. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02760-00, Sentencia del 14 de diciembre de 2017. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02968-00.



especial de la pensión de jubilación aplicable a los docentes, sino que abordó el caso de un servidor cobijado por la Ley 100 de 1993.

También precisó el Consejo de Estado para el caso de las pensiones de jubilación sujetas a las Leyes 33 y 62 de 1985, su liquidación debe realizarse con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, dando alcance a la primacía de realidad sobre las formas y al principio de favorabilidad, que debe ser preponderantes en la resolución de los conflictos laborales, describiendo la situación así:

"(...) En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...)

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

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (...)" (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

16

De conformidad con lo expuesto, en el precedente invocado como desconocido se sentaron las siguientes reglas en relación con la reliquidación de las pensiones de jubilación: (i) el IBL es un elemento del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual las pensiones de jubilación sujetas a éste deben ser liquidadas con fundamento en las reglas que regulaban el ingreso base de liquidación previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985; (ii) las pensiones de jubilación sujetas a estas normas deben ser liquidadas con base en todos los factores salariales **efectivamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado**, dado que éstas no indican en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, al circunscribir su campo de aplicación, dispuso que el sistema general de pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, salvo los casos previstos en su artículo 27938, entre las cuales se incluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Reiterándose esta excepción fue reafirmada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que al efecto dispuso expresamente en el párrafo transitorio 1° lo siguiente:

*"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".*

(...)

**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*

**38 "ARTICULO. 279.-Excepciones.** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas."*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995)"

ANTIGUOS TERRITORIOS: Amazonas, Guaviare, Vaupés y Vichada. Cra. 26 # 35 - 09 Piso 4. Edificio Asociación de Educadores del Meta ADEM Cel. 317 854 3555 - 312 532 5431 Villavicencio. ANTIOQUIA: Cra. 50 # 30 - 103 Av. Palace Edificio Guardia Sol. Local 109 Tel. (4) 322 0653 Cel. 317 641 1297 - 317 621 7857 - 317 6213 542 Medellín. ARAUCA: Cra. 22 # 18 - 63 Diagonal al Colegio General Santander Primaria Tel. (7) 885 0389 Cel. 317 682 7827 Arauca. APARTADÓ: Cra. 99 # 96 - 35 Centro Empresarial Apartacentro Of. 221 Tel. (4) 828 1033 Cel. 310 429 3857 Apartadó. ATLÁNTICO: Cra. 38B # 66 - 38 Sede Sindicato de Educadores ADEA Tel. (5) 385 4803 Cel. 315 584 8820 Barranquilla. BOGOTÁ: Cra. 31A # 25A - 28 Barrio Gran América. Cll. 44 # 54 - 78 Piso 3. Barrio La Esmeralda Tel. (1) 695 3312 - (1) 712 4748 - (1) 805 6620 Cel. 318 510 1768 - 318 510 3253 Bogotá. BOLIVAR: Centro Cll. Cuartel del Fijo - Casa del Educador # 36 - 32 Tel. (5) 664 0196 - (5) 664 0187 Cel. 314 778 4078 Cartagena. BOYACÁ: Cll. 21 # 9 - 62 Primer Piso Tel. (8) 743 0386 Cel. 317 621 7891 Tunja. CALDAS: Cll. 22 # 23 - 23 Local 1. Edificio Concha López Tel. (6) 891 2191 - (6) 891 2192 Cel. 318 514 6141 - 316 294 5127 Manizales. CARTAGO: Cll. 10 # 4 - 57 C.C. Santa Ana Plaza Local 111 - 112 - 113 Tel. (2) 214 4102 Cel. 317 515 0441 Cartago. CAQUETÁ: Cra. 13 Cll. 13 Esquina Barrio Centro. Local 1 Tel. (8) 437 7043 Cel. 318 603 7686 Florencia. CESAR: Cll. 15 # 11-37 Barrio Lopareña Tel. (5) 589 8157 Cel. 318 847 5952 - 317 424 1421 Valledupar. CHOCÓ: Cra. 6 # 26 - 91 Barrio Alameda Reyes. Local 2 Tel. (4) 870 8226 Cel. 317 672 1530 Quibdó. CÓRDOBA: Cra. 4 # 26 - 15 Esquina Local 4. Primer piso Tel. (4) 788 7714 Cel. 315 252 9144 Montería. FACATATIVÁ: Calle 8 # 2 - 58 Diagonal al antiguo Servisud Tel. (1) 891 3700 Facatativá. GIRARDOT: Calle 16 # 12 - 39 Al Respaldo del Hotel COMFACUNDI Tel. (1) 891 3700 Girardot. GUAJIRA: Cra. 7 # 4 - 05 Tel. (5) 727 2110 Cel. 317 576 7473 Riohacha. HUILA: Cll. 7 # 6 - 27 Local 105 - 106. Primer piso. Edificio Caja Agraria Tel. (8) 871 1118 Cel. 318 887 2002 - 318 493 8446 Nelva. MAGDALENA: Cll. 22 # 4 - 70 Edificio Galaxia. Local 114 y 115 Tel. (5) 439 5147 Cel. 318 866 5162 Santa Marta. META: Cra. 26 # 35 - 09 Piso 4. Edificio Asociación de Educadores del Meta ADEM Cel. 317 621 8002 - 312 532 5431 Villavicencio. NORTE DE SANTANDER: Av. 6 # 12 - 60 Centro Tel. (7) 572 2876 Cel. 316 461 9484 Cúcuta. QUINDÍO: Cra. 13 # 15 Norte 35 Diagonal Restaurante La Fogata Tel. (6) 749 7777 - (6) 749 7678 Cel. 317 641 2381 - 318 895 2814 Armenia. SANTANDER: Cra. 27 # 34 - 62 Primer piso. Junto al Sindicato de Educadores SES. Cra. 27 # 34 - 44 Sindicato de Educadores SES. Piso 6 Tel. (7) 635 0400 - (7) 634 3617 - (7) 634 3618 - (7) 634 3619 Cel. 317 621 8096 - 317 621 8095 - 318 857 7044 Bucaramanga. RISARALDA: Cll. 13 # 6-38 Frente al Sindicato de Educadores SER Tel. (6) 333 2368 Cel. 317 621 7971 Pereira. SOACHA: Calle 13 # 5 - 97 C.C. Tequendama. Piso 3. Local 205 Tel. (1) 900 3124 Soacha. SUCRE: Cll. 22 # 18 - 10 Local 101 Centro Tel. (5) 271 4128 Cel. 318 557 7140 - 317 621 3472 Bncalajo. VALLE DEL CAUCA: Cll. 9 # 4 - 39 Local 101 y 104 C.C. El Cid Tel. (2) 489 4182 - (2) 489 5021 Cel. 317 587 2273 Cali. ZIPAGUIRÁ: Calle 5 # 10A - 47 Barrio Algarra 1 Tel. (1) 882 8910 Zipaquirá.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Se tiene entonces que de ésta disposición en relación con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, es palpable que existe regulación especial para el reconocimiento de los derechos pensionales de los docentes y para establecer cuál es el régimen aplicable a los afiliados del Fondo Prestacional del Magisterio debemos consultar al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la cual reguló dos eventos:

7. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.
8. Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, quienes deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Con anterioridad a la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Al respecto, esta ley estableció en el artículo 15, No. 2, lo siguiente:

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. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-084 del 17 de febrero de 1999, teniendo como M.P. al Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, contempló:

"... Ello significa, a contrario sensu, que ella no rige para los vinculados a partir del 1° de enero de 1981, pues éstos docentes, "nacionales y nacionalizados", tendrán derecho "sólo a una pensión de

ANTIGUOS TERRITORIOS: Amazonas, Guaviare, Vaupés y Vichada. Cra. 26 # 35 - 09 Piso 4. Edificio Asociación de Educadores del Meta ADEM Cel. 317 854 3555 - 312 532 5431 Villavicencio. ANTIQUIA: Cra. 50 # 30 - 103 Av. Palace Edificio Guardia Sol. Local 109 Tel. (4) 322 0653 Cel. 317 641 1297 - 317 621 7857 - 317 621 542 Medellín. ARAUCA: Cra. 22 # 19 - 63 Diagonal al Colegio General Santander Primaria Tel. (7) 885 0399 Cel. 317 682 7927 Arauca. APARTADO: Cra. 99 # 96 - 35 Centro Empresarial Apartacentro Of. 221 Tel. (4) 828 1033 Cel. 310 429 3857 Apartadó. ATLÁNTICO: Cra. 38B # 66 - 39 Sede Sindicato de Educadores ADEA Tel. (5) 385 4603 Cel. 315 584 8820 Barranquilla. BOGOTÁ: Cra. 31A # 25A - 26 Barrio Gran América. Cil. 44 # 54 - 78 Piso 3. Barrio La Esmeralda Tel. (1) 695 3312 - (1) 712 4746 - (1) 805 6620 Cel. 318 510 1768 - 318 510 3253 Bogotá. BOLÍVAR: Centro Cil. Cuartel del Fijo - Casa del Educador # 36 - 32 Tel. (5) 664 0196 - (5) 664 0187 Cel. 314 778 4078 Cartagena. BOYACÁ: Cil. 21 # 8 - 62 Primer Piso Tel. (8) 743 0366 Cel. 317 621 7891 Tunja. CALDAS: Cil. 22 # 23 - 23 Local 1. Edificio Concha López Tel. (6) 891 2191 - (6) 891 2192 Cel. 318 514 6141 - 318 294 5127 Manizales. CARTAGO: Cil. 10 # 4 - 57 C.C. Santa Ana Plaza Local 111 - 112 - 113 Tel. (2) 214 4102 Cel. 317 515 0441 Cartago. CAQUETÁ: Cra. 13 Cil. 13 Esquina Barrio Centro. Local 1 Tel. (8) 437 7043 Cel. 318 603 7686 Florencia. CESAR: Cil. 15 # 11-37 Barrio Loperena Tel. (5) 589 8157 Cel. 318 847 5952 - 317 424 1421 Valledupar. CHOCÓ: Cra. 6 # 26 - 91 Barrio Alameda Reyes. Local 2 Tel. (4) 670 8226 Cel. 317 672 1530 Quibdó. CÓRDOBA: Cra. 4 # 26 - 15 Esquina Local 4. Primer piso Tel. (4) 788 7714 Cel. 315 252 9144 Montería. FACATATIVÁ: Calle 8 # 2 - 58 Diagonal al antiguo Serviseid Tel. (1) 881 3700 Facatativá. GIRARDOT: Calle 16 # 12 - 35 Al Respido del Hotel COMFACUNDI Tel. (1) 891 3700 Girardot. GUAJIRA: Cra. 7 # 4 - 05 Tel. (5) 727 2110 Cel. 317 576 7473 Riohacha. HUILA: Cil. 7 # 6 - 27 Local 105 - 106. Primer piso. Edificio Caja Agraria Tel. (8) 871 1118 Cel. 318 887 2002 - 318 493 8446 Neiva. MAGDALENA: Cil. 22 # 4 - 70 Edificio Galaxia. Local 114 y 115 Tel. (5) 439 5147 Cel. 318 866 5182 Santa Marta. META: Cra. 26 # 35 - 09 Piso 4. Edificio Asociación de Educadores del Meta ADEM Cel. 317 621 8002 - 312 532 5431 Villavicencio. NORTE DE SANTANDER: Av. 6 # 12 - 60 Centro Tel. (7) 572 2676 Cel. 316 461 9484 Cúcuta. QUINDÍO: Cra. 13 # 15 Norte 35 Diagonal Restaurante La Fogata Tel. (6) 749 7777 - (6) 749 7676 Cel. 317 641 2381 - 318 895 2814 Armenia. SANTANDER: Cra. 27 # 34 - 62 Primer piso. Junto al Sindicato de Educadores SES. Cra. 27 # 34 - 44 Sindicato de Educadores SES. Piso 6 Tel. (7) 635 0400 - (7) 634 3617 - (7) 634 3618 - (7) 634 3619 Cel. 317 621 8096 - 317 621 8095 - 318 857 7044 Bucaramanga. RISARALDA: Cil. 13 # 6 - 38 Frente al Sindicato de Educadores SER Tel. (6) 333 2366 Cel. 317 621 7971 Pereira. SOACHA: Calle 13 # 5 - 97 C.C. Tequendama. Piso 3. Local 205 Tel. (1) 900 3124 Soacha. SUCRE: Cil. 22 # 18 - 10 Local 101 Centro Tel. (5) 271 4129 Cel. 316 557 7140 - 317 621 3472 Sincalé. VALLE DEL CAUCA: Cil. 9 # 4 - 39 Local 101 y 104 C.C. El Cid Tel. (2) 489 4182 - (2) 489 5021 Cel. 317 567 2273 Cali. ZIPAQUIRÁ: Calle 5 # 10A - 47 Barrio Algama 1 Tel. (1) 882 8910 Zipaquirá.



jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año".

Queda claro, entonces, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 15, numeral 2°, literal b), de la Ley 91 de 1989, la pensión de gracia a que se ha hecho mención, sólo subsiste para los docentes que se vincularon al servicio oficial antes del 31 de diciembre de 1980, puesto que "para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquéllos 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", pensionados que "gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

**Es decir que a los docentes se les aplica la Ley 33 de 1985 en cuanto a los requisitos de tiempo y edad; en materia de ingreso base de liquidación (IBL) debe aplicarse la norma especial de la ley 91 de 1989 que no hace esa distinción.**

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual fue modificada en algunos apartes por la Ley 62 de 1985.

El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla general de pensiones, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial.

Por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial.

En ese sentido la especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros. Sin embargo, cabe mencionar que en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Además, se debe tener presente la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 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, accionante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro; C. P. César Palomino Cortés, providencia en la que se fijaron reglas sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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 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 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.»*

Por estas razones el Tribunal en la sentencia de Segunda Instancia desconoció el precedente invocado y es la razón para originar esta solicitud de amparo y aplicó las normas previstas en la ley 100 del 1993 y la jurisprudencia aplicable a casos NO ANALOGOS, cuando lo adecuado era tener en cuenta la Ley 91 de 1989 que remite a Leyes 33 y 62 de 1985.

En el entendido que el sector docente, percibirá una pensión equivalente al 75% del salario mensual promedio, debemos tener claridad en el concepto de **SALARIO**, que ha mantenido de manera pacífica el H. CONSEJO DE ESTADO, como a título de ejemplo, la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, en sentencia del nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017), expediente rad. No. 250002342000201301541 01, radicado interno 4683-201, precisando la noción de salario así:

“ A la luz del Convenio 095 de la OIT, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.



Por su parte, la ley colombiana y la jurisprudencia de ésta Corporación han entendido por "salario", como toda remuneración ordinaria, habitual y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el concepto de salario se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama **suelo** el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por periodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la **asignación básica** fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública. El salario, en cambio, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio (Decreto - ley 1042 de 1978, art. 42). Este concepto, aplicable a la relación legal reglamentaria, propia del vínculo del servidor público, guarda similitud sustancial con la noción aplicable a las relaciones laborales de carácter privado cuando el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dice que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que adopte. Lo cual permite afirmar que salario es la remuneración ordinaria o contraprestación directa de los servicios prestados por el servidor o trabajador, en una relación laboral de índole legal, reglamentaria o contractual. Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", según la Corte Suprema de Justicia, estando representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencia del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ella surge en razón de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades. Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial."

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto de la noción de salario, enseña que



"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones..."

También, la Corte Constitucional, ha sentado como tesis, que la remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.

Revisado de ley 155 de 1992, de la ley 100 de 1993, (primer debate ante el Senado), sobre la noción de salario (mensual), se precisaba que: constituye salario para los "trabajadores dependientes particulares," y específicamente para efectos de cotizar; no sólo la remuneración fija o variable, sino todo lo que recibe como contraprestación del servicio sea cualquiera la denominación que adopte. En tanto, para los servidores públicos lo limitó al que se señale de conformidad a lo dispuesto en la ley 4 de 1992.

Para mejor comprensión es oportuno diferenciar entre salario devengado y salario cotizado, a saber: aquél es el que realmente percibe habitualmente el trabajador, como contraprestación de sus servicios, cualquiera sea su denominación. Este es sobre el cual efectuó aportes para pensiones.

**La Corte Constitucional, en materia prestacional, ha sentado como tesis que las prestaciones sociales se deben liquidar sobre lo realmente devengado, de lo contrario implica un trato discriminatorio.** En efecto, esa Corporación, enseñó:

"La jurisprudencia de esta Corte ha sido consistente en señalar que la liquidación de las pensiones, y en general de las prestaciones sociales, **debe hacerse tomando como base la asignación realmente devengada por el trabajador,** pues hacerlo a partir de una asignación distinta o supuestamente equivalente implicaría un trato discriminatorio. Para la Corte, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, el Sistema General de Seguridad Social debe promover el derecho a la igualdad entre los trabajadores en materia prestacional y dar prelación a la realidad en las relaciones laborales, y para que se entiendan garantizados estos principios fundamentales así como los objetivos superiores que informan



el sistema, es necesario que tanto la pensión como los aportes y las cotizaciones para dicha prestación se liquiden con base en el salario real recibido por el empleado, toda vez que el legislador, no obstante su amplia facultad de configuración en materia de seguridad social, no está habilitado para excluir el salario del trabajador como elemento calificador del monto pensional.

Sin embargo, es imperativo respetar los límites máximos que la Ley establece para preservar el equilibrio financiero del sistema, que tiene como fundamento el artículo 48 superior. <sup>46</sup>

En conclusión, el salario es: todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, se debe cotizar sobre todo lo devengado y liquidar las prestaciones sociales sobre lo realmente percibido." **Subrayas y negrilla fuera de texto.**

Teniendo de presente lo preceptuado en la ley 91 de 1989 y en coordinación con el concepto de salario del Consejo de Estado en reciente providencia, a los jubilados del magisterio colombiano le asiste el derecho que se le incluya en su ingreso base de liquidación **TODO LO DEVENGADO**, en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Por cuanto a partir de la de la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación en virtud de la aplicación de la Ley 33 de 1985. En dicha sentencia resuelven unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva en cuanto a los derechos pensionales; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. Es por ella que dicha sentencia concluye que para liquidar las pensiones a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones.



Adicionalmente, es de señalar que en la sentencia del 31 de marzo de 2011 el Consejo de Estado amparó por vía de tutela los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un tribunal en sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en régimen de transición que le era aplicable la Ley 33 de 1985, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral

En consonancia con lo anterior, a través de sentencia del 03 de abril de 200839 de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, precisa que como el Estatuto Docente no regula las pensiones ordinarias de jubilación, para ese efecto les aplica las disposiciones de los servidores públicos del orden nacional, como es la Ley 33 de 1985.

Por lo que es del caso señalar lo que precisó el H. Consejo de Estado del análisis jurídico de la naturaleza de la pensión de jubilación y los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, estableciendo expresamente lo siguiente:

**"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.**

[...] Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación." (Negrilla y subraya fuera del texto).

Es por ello, que si la intención del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales

39 CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

se han efectuado aportes a la seguridad social, no se puede concluir que los factores que no han sido objeto de las deducciones de ley se deban excluir del ingreso base de liquidación pensional, por cuanto es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

De tal manera que el marco interpretativo de la norma es en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

En atención a la interpretación de la Ley 33 de 1985, no indica de manera taxativa los factores salariales que conforma la base de liquidación pensional, sino que los mismos que están simplemente enunciados por lo que no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda demostrado y expuesto la importancia del precedente jurisprudencial, ya sea por no terminar vulnerando derechos constitucionalmente protegidos y además porque es mandato legal la obligatoriedad del seguimiento y cumplimiento la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es del caso hacer referencia de la importancia sobre la obligatoriedad del cumplimiento del precedente jurisprudencial.

Es por ello que el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 - DEBER DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DE OBSERVAR LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES REITERADOS EN MATERIA PENSIONAL.

Con el fin de reducir la judicialización innecesaria de asuntos que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones ya han definido en sentencias reiteradas y de evitar el desgaste que todo proceso judicial implica para los ciudadanos, el aparato judicial y la propia Administración, el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 establece que las entidades públicas de todo orden deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos en relación, entre otras materias, con el reconocimiento y pago de pensiones:

*"ARTICULO 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en*



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos." (Se resalta)

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, en la cual se advierte sobre el carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes judiciales fijados por los órganos de cierre de cada jurisdicción:

"5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

"Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto."

En otra oportunidad dijo la Corte sobre este mismo asunto:

"La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto"40.

#### LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA MATERIA

40 La Corte constitucional reitera este deber de las autoridades administrativas en Sentencia C-634 de 2011, al declarar la exequibilidad del Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

27  
26

Unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con los factores para calcular la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

Como lo anota la entidad consultante, a partir de la sentencia del 4 de agosto de 201041, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 (art.36) se les aplica la ley 33 de 1985.

Una vez reiterado que a las personas en régimen de transición les es aplicable en su integridad el régimen pensional anterior, esto es el previsto en la ley 33 de 1985, advierte la sentencia que antes de la unificación jurisprudencia existían diversas posiciones al interior del Consejo de Estado respecto de los factores salariales para liquidar la pensión de quienes estuvieran en dicha situación: en algunos casos había considerado que sólo podían tenerse en cuenta los factores expresamente señalados en el artículo 3 de la ley 33 de 1985; en otros casos se había restringido la liquidación de la pensión a los factores salariales respecto de los cuales efectivamente se hubieran practicado cotizaciones al sistema de seguridad social; y en otras oportunidades se había aceptado incluir cualquier factor salarial devengado por el trabajador con independencia de estar o no enlistado en la ley (al considerarse meramente enunciativa y no taxativa) o de haber sido objeto de cotizaciones (en caso no haberse cotizado sobre un determinado factor, la sentencia ordenaba retener los aportes correspondientes al mismo). Esa divergencia jurisprudencial fue resumida de la siguiente manera:

*"Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.*

41 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2006-7509. Salvamento de voto M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

42 La aplicación integral del régimen anterior de la Ley 33 de 1985, debe entenderse en todo caso sin perjuicio de que el interesado pueda estar a su vez en el régimen de transición de dicha ley (evento en el cual se sujetaría al régimen anterior a ella); o se encuentre cobijado por un régimen especial, en cuyo caso tampoco se aplicaría esa normatividad.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes". Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 200343, concluyendo que "en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...)

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado (...)

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma44:

"En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Anibal.

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse".

Ahora bien, frente a esta pluralidad de enfoques, la sentencia analizada resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. Se explicó así esta unificación jurisprudencial:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

(...)

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer



LÓPEZ QUINTERO

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos."

Con base en lo anterior, la sentencia concluyó entonces que para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la consulta:

"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios,



independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional."

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, es del caso señalar que asimismo se conduce al DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN es de señalar que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO** no tuvo en cuenta que en la Constitución Política en virtud del artículo 53 determina que en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho, se debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios, de tal manera que la interpretación que se le debe dar a la Ley 33 de 1985 es que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías prestacionales, es decir que la norma en mención no enlista de manera taxativa los factores salariales que deben componer la base de liquidación pensional, sino permite poder incluir todos aquellos factores que fueron devengados por el trabajador.

Es por ello que no se debe desconocer la competencia y la primacía que ejerce la Constitución en cabeza del legislador y el ejecutivo



respecto a la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos, sin embargo dada la redacción de la ley 33 de 1985 y la primacía del principio de realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo de dicha norma, pues se puede incurrir en excluir de la base de liquidación de la pensión, factores salariales que fueron devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tal efecto y que los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza con el fin de hacerlos más restrictivos.

Aunado con todo lo anterior, es de precisar que, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, como es el caso del (la) señor(a) **RASMILLE CACERESMURILLO**, le es aplicable las normas vigentes para los servidores públicos del sector público nacional y sus pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985.

De tal manera que, por la fecha de vinculación de la accionante, le es aplicable el régimen anterior, que para el caso es el establecido en la Ley 33 de 1985, con la interpretación jurisprudencial que sobre la misma ha reiterado el Consejo de Estado, en el sentido que la relación de factores salariales de dicha norma no es taxativa sino enunciativa y permite el cómputo de emolumentos laborales, aunque no hayan sido base de cotización.

Así las cosas, a la accionante le resulta aplicable la Ley 33 de 1985 en virtud de su fecha de vinculación, que fue con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, de conformidad por lo dispuesto por disposiciones legales, jurisprudenciales y constitucionales que expresamente así lo han establecido.

#### IV. COMPETENCIA

El H. Consejo de Estado es el competente para conocer del asunto, por la naturaleza del accionante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, modificatorio del Decreto 1069 de 2015, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.



**LÓPEZ QUINTERO**

ABOGADOS & ASOCIADOS

*Honestidad y Eficiencia*

**V. JURAMENTO**

Manifiesto Honorables Consejeros de Estado, bajo la gravedad de juramento que no he interpuesto otra acción de Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

**VI. PRUEBAS**

Para que se tengan como pruebas y se hagan valer dentro del trámite del presente proceso:

- Copia del fallo proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO, del 07 DE DICIEMBRE DE 2018. Radicado: 27001333300420170007201.
- Poder para actuar.

**VII. NOTIFICACIONES**

**Al Accionado:** calle 24 No. 1-30 Esquina, Piso 4, Palacio de Justicia, en la ciudad de Quibdó (Chocó).

**sectriadmchoco@cendoj.ramajudicial.gov.co**

**Al Accionante:** Recibiré notificaciones en la Secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en Carrera 6 No. 26-102 Piso 1 Barrio Alameda Reyes, en la Ciudad de Quibdó.

**choco@lopezquinteroabogados.com**

Atentamente,

**YOBANY ALBERTO LOPEZ QUINTERO**

**C.C. No. 89'009.237 de Armenia (Q).**

**T.P. No. 112.907 del C.S. de la Judicatura.**