



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00192-00

Accionante: ZEIR MARTÍNEZ PELÁEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

Acción de tutela - Fallo de primera instancia

Procede la Sala a resolver la acción de tutela formulada por el señor Zeir Martínez Peláez en contra del Tribunal Administrativo de Risaralda, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

1.1. Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2018, en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Zeir Martínez Peláez, a través de apoderado, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Risaralda con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

1.2. El peticionario consideró vulnerados los mencionados derechos con ocasión de la sentencia del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 66001-33-33-751-2015-00155-01, que revocó la sentencia del 10 de agosto de 2016 del Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pereira, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

A título de amparo constitucional solicitó



“Se declare que el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala de Decisión integrada por los Magistrados Dr. Juan Carlos Hincapié MEJÍA, Dr. Fernando Alberto Álvarez Beltrán y Dra. Dufay Carvajal Castañeda, transgredió los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y acceso a la administración de justicia de la (sic) accionante con la decisión contenida en la sentencia de diciembre 07 de diciembre (sic) de 2017 proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (sic) incoado por el señor Zeir Martínez Peláez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, radicado No. 66001-33-33-751-2015-00155-01 (J-1224-2016)

2. Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar (sic) Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala de Decisión – Integrada por los Magistrados Dr. Juan Carlos Hincapié Mejía, Dr. Fernando Alberto Álvarez Beltrán y Dra. Dufay Carvajal Castañeda, dejar sin efecto la providencia referida en el numeral anterior, y, produzca una nueva, atendiendo al precedente jurisprudencial que sobre el tema edifico (sic) el Consejo de Estado mediante Sentencia de Unificación de Agosto 4 de 2010, proferida dentro del expediente radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), de esa alta Corporación con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila.”¹

2. Hechos

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

2.1. El señor Zeir Martínez Peláez prestó sus servicios como docente vinculado desde 1972.

2.2. Mediante la Resolución No. 262 del 2 de mayo de 2001, se le reconoció pensión vitalicia de jubilación en su calidad de docente de vinculación nacional, tomando como ingreso base de liquidación los siguientes factores: 75% de la asignación básica mensual y la prima de vacaciones, devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

2.3. El 26 de marzo de 2015, el señor Zeir Martínez Peláez solicitó el reajuste de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados, petición que fue negada por el Fondo

¹ Folio 11 vuelto.



Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de acto administrativo No. 323 del 1º de abril de 2015.

2.4. El señor Zeir Martínez Peláez interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la finalidad de que se ordenara la inclusión de todos los factores devengados, y que no fueron tenidos en cuenta por la administración en la liquidación pensional.

2.4. Mediante sentencia del 10 de agosto de 2016 el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pereira, accedió a las pretensiones de la acción y ordenó la reliquidación respectiva, de conformidad con lo pedido por el accionante.

2.5. Inconforme con la decisión anterior, la parte demandada la apeló, recurso del cual conoció el Tribunal Administrativo de Risaralda, autoridad judicial que en sentencia del 7 de diciembre de 2017 revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto administrativo cuestionado se encontraba acorde a derecho a la luz de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, pues en la liquidación pensional se debían incluir, únicamente, los factores salariales frente a los cuales se realizaron las cotizaciones.

3. Fundamentos de la vulneración

La parte actora consideró vulnerados sus derechos fundamentales en atención a que el Tribunal accionado desconoció el precedente del Consejo de Estado establecido en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-07509-01², el cual dispone que 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 servicios.

² La actora también citó: la sentencia de la Sección Segunda de 25 de febrero de 2016, expediente No. 25000-23-42-000-2013-01541-01; la sentencia de la Subsección "A" de la Sección Segunda de 26 de noviembre de 2016, expediente No. 11001-03-25-000-2013-01341-00; entre otras.



Manifestó que el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y fijado por el Acto Legislativo 01 de 2005, no aplica para todo el colectivo docente, pues el régimen prestacional de los maestros está definido por la fecha de vinculación a la función pública.

En ese sentido, puso de presente que se vinculó como docente en 1972 y obtuvo el estatus pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, el 2 de mayo de 2001, por lo que su pensión fue reconocida con fundamento en la Ley 33 de 1985.

4. Trámite de la acción de tutela

Con auto del 30 de enero de 2018³, el despacho ponente de la presente providencia admitió la solicitud de amparo, ordenó notificar a las partes y vinculó al Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pereira y a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como terceros con interés en el resultado del proceso.

4.1. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 35 a 41, se presentaron las siguientes intervenciones

4.1.1. Tribunal Administrativo de Risaralda⁴

Mediante escrito enviado por correo electrónico el 6 de febrero de 2018, el magistrado ponente de la decisión atacada manifestó que la providencia del 7 de diciembre de 2017 fue debidamente motivada teniendo en cuenta la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atendiendo al criterio de la Corte Constitucional expuesto en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017.

Explicó que en la providencia objeto de reparo se analizó, además, el carácter vinculante de la sentencia SU-395 de 2017 y su

³ Folios 33 a 34.

⁴ Folios 43 a 49.



obligatoriedad en razón de la publicación del comunicado de prensa y, por tanto, concluyó:

“(…) Por los razonamientos expuestos, esta Sala de Decisión viene recogiendo el criterio que ha sido 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 mismos 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 4 de agosto de 2010, dando así, aplicación inmediata al precedente emitido por la Corte Constitucional, como interprete autorizada en este tipo de asunto, por lo que en aplicación de la mencionada sentencia de unificación SU 395 de 2017, consideró esta Sala de Decisión que la demandante solo podía beneficiarse, en el tema de factores salariales para el cómputo de su pensión de jubilación, de los que hubieren servido como base de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, encontrando que, a la luz la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, los factores salariales que constituyen la base de liquidación pensional en el caso concreto se circunscriben a la asignación básica, y no a los demás emolumentos certificados como devengados, por lo que resultó forzosa la revocatoria del reconocimiento efectuado en primera instancia.”

4.1.2. Nación – Ministerio de Educación⁵

La Asesora de la Oficina Jurídica de la referida cartera ministerial, mediante escrito enviado por correo electrónico el 8 de febrero de 2018 solicitó se le desvinculara del presente trámite constitucional al considerar que no vulneró los derechos fundamentales del actor.

4.1.3. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - La Fiduprevisora S.A.⁶

El Vicepresidente del FOMAG, en escrito enviado por correo electrónico el 7 de febrero de 2018, solicitó se desvinculara a la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva y se declarara la improcedencia del amparo de la referencia.

Pidió, en consecuencia, que sea denegado el amparo de los derechos fundamentales invocados por la demandante al estar debidamente acreditado que la sentencia atacada no adolece de vicio alguno que haga preciso dejar sin efectos la misma.

⁵ Folios 56 a 61.

⁶ Folios 52 a 55. Si bien se trata de entidades de naturaleza jurídica distinta, la Fiduprevisora tiene la calidad de administradora de los fondos del FOMAG, por lo anterior, comparten responsabilidades administrativas en el trámite de solicitudes pensionales de este tipo (art. 3 L. 91/89).



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la petición de amparo constitucional presentada por la parte accionante, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991 modificado por el Decreto 1069 de 2015.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Vulneró los derechos invocados el Tribunal Administrativo de Risaralda, con ocasión de la sentencia del 7 de diciembre de 2017?

Para resolver el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y **(iii)** análisis del caso concreto.

3. Cuestión previa

El FOMAG, cuyos recursos son manejados por la Fiduprevisora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional solicitaron ser desvinculados del proceso porque –en su sentir- no tiene competencia para atender los reclamos del actor y no han vulnerado sus derechos fundamentales.

Contrario a lo sostenido por esas entidades, lo cierto es que las mismas fueron notificadas del proceso teniendo en cuenta que hicieron parte del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Zeir Martínez Peláez, expediente 66001-33-33-751-2015-00155-01.

Bajo esas condiciones es evidente que sí existe una justificación para mantener a las referidas entidades como terceros interesados, dado que pueden resultar afectadas por la decisión que se adopte en el *sub lite*, por lo que serán negadas las solicitudes de desvinculación.



4. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,⁷ *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.⁸

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.⁹

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los *“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”*.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹⁰, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró 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, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

⁸ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁹ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia” (Negrillas dentro del texto).

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.



caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

5. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

Para esta Sala está acreditado que la solicitud de amparo no se dirige a cuestionar decisiones producto de un proceso de tutela, con lo que se entiende superado el primero de los requisitos.

También el de subsidiariedad, pues la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que se cuestiona en sede de tutela, puso fin a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número de radicado 66001-33-33-751-2015-00155-01, y frente a tal providencia no procede recurso ordinario alguno.

Tampoco los extraordinarios, pues los motivos que sustentan esta acción constitucional no se compadecen con los requisitos que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión. Igualmente, si bien se alega como desconocida una sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo que, en principio haría procedente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia al que se refiere el artículo 256 del CPACA, lo cierto es que por el criterio de la cuantía el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia no procede¹¹.

Del trámite impartido a la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala advierte que en primera instancia conoció de dicho proceso el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pereira, lo que en virtud del numeral 2º del artículo 155 del CPACA implica que se trata de un asunto cuya cuantía no excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por lo anterior, el caso de la referencia no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 257 del CPACA en lo que concierne a la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

¹¹ Del trámite impartido a la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala advierte que en primera instancia conoció de dicho proceso el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pereira, por lo que en virtud del numeral 2º del artículo 155 del CPACA implica que se trata de un asunto cuya cuantía no excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por lo anterior, el caso de la referencia no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 257 del CPACA en lo que concierne a la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.



Y, por último, se cumple con el de la inmediatez en atención a que la providencia de segunda instancia atacada es del 7 de diciembre de 2017, y aunque el término para calcular el plazo prudencial para promover la solicitud de amparo se contabiliza a partir de la ejecutoria de la sentencia reprochada, lo cierto es que la tutela fue interpuesta el 24 de enero de 2017, lo que desde ya implica un ejercicio pronto de la acción de tutela.

Superados los requisitos adjetivos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Sala se adentrará en el examen del reproche formulado.

6. Caso concreto

En la presente solicitud de amparo el accionante alegó que el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la sentencia del 7 de diciembre de 2017, en la cual se decidió revocar la decisión de primera instancia para en su lugar negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida a obtener el reajuste de la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al reconocimiento del estatus pensional, se desconoció la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. 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 servicios, situación definida de forma contraria por la autoridad judicial accionada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte, en primer lugar que, el actor cumplió con la carga requerida para el análisis del cargo propuesto, pues identificó la decisión que alega como desconocida, así como la regla que pretende aplicar a su caso y la incidencia que la misma trae para el *sub lite*.

Para el estudio del caso, esta Sección revisará (i) la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado; (ii) la Ley 100 de 1993; (iii) el régimen legal



aplicable al sector docente; y (iv) el desconocimiento del precedente alegado.

6.1. De la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

Esta Sección observa, como lo indicó en ocasiones anteriores¹², que en la mencionada sentencia de unificación 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.

Por lo tanto, ante todo, hay que 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 la Ley 100 de 1993.

Igualmente, dicha Sección señaló que 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.

Al respecto se señaló:

“(...) 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. (...)”

¹² 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. Rocio Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02760-00, Sentencia del 14 de diciembre de 2017. C.P. Rocio Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02968-00



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)

De conformidad con lo expuesto, en el precedente invocado como desconocido por el tutelante 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 éstas últimas 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.

6.2. Ley 100 de 1993.

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 279¹³, entre las cuales se incluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La mencionada excepción fue reafirmada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que al efecto dispuso expresamente en el párrafo transitorio 1º 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 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

De la simple lectura de esa disposición en concordancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, resulta evidente que persiste la existencia de una regulación especial para el reconocimiento de los derechos pensionales de los docentes, tal como lo reconoció recientemente la Sala en los fallos del 10 de agosto¹⁴, 6 de septiembre¹⁵ y 23 de noviembre de 2017¹⁶.

6.3. Régimen legal aplicable al sector docente

Ahora bien, para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), resulta menester remitirnos al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la cual reguló dos eventos:

¹³ “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)”

¹⁴ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-15-000-2017-00901-01. Actora: Magda Nydia Escudero García. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 6 de septiembre de 2017. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2017-01898-00

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 23 de noviembre de 2017. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02760-00



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

De lo anterior se deduce que dependiendo del momento en el cual se haya vinculado el docente, se definirá el régimen pensional aplicable, por lo que si se trata de una persona vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como ocurre en el presente caso¹⁷, se le respetará la aplicación de las leyes que venían regulando su situación.

Antes de 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 lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968,

¹⁷ El actor fue vinculado como docente en 1972.



1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

Además, respecto a lo anterior es necesario tener en cuenta que 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.

Ahora, 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 actividad¹⁸.

De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión que el régimen de la pensión de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como sucede en el caso del tutelante, corresponde a aquél previsto en la Ley 33 de 1985.¹⁹

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, - Subsección “B”. Sentencia del 26 de julio de 2012. C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01.- *“Ahora bien, 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. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.*

En efecto, los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No obstante lo anterior, 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.”

¹⁹ Ver entre otras, la sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda, - Subsección “B”. Sentencia del 26 de julio de 2012. C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01



6.4. Del desconocimiento del precedente alegado

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado en la presente providencia, la Sala advierte que por tratarse en el caso en concreto de un docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, le es aplicable un régimen especial, a saber, la Ley 91 de 1989, la cual a su vez remite a la Ley 33 de 1985, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de jubilación.

En ese orden de ideas, en este caso no resulta procedente aplicar las reglas y subreglas fijadas por la Corte Constitucional sobre el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016), toda vez que dicha ley no le es aplicable a los docentes en virtud de las excepciones consagradas en su artículo 279²⁰.

En ese sentido, la Sala considera relevante resaltar que es por virtud de la Ley 91 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993 que al tutelante, en su calidad de docente, se le aplica la Ley 33 de 1985.

Esta precisión resulta fundamental para distinguir este caso de otros resueltos por la Sección en los cuales se ha discutido cómo liquidar el IBL a la luz del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que frente a este asunto existen posiciones divergentes entre las distintas Altas Cortes, las cuales resultan irrelevantes para el caso concreto, dado que –se itera– en el asunto *sub judice* no se discute si el IBL forma parte o no de dicho régimen de transición.

De conformidad con lo expuesto, la Sala observa que la sentencia atacada desconoció el precedente invocado en la solicitud de amparo.

²⁰ **“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



En efecto, la Sala reitera el criterio expuesto en ocasiones anteriores²¹, en las cuales se estableció que en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 se sentó una regla en relación con la forma de liquidación del IBL a la luz de lo dispuesto en la Ley 33 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**, dado que en aquella no se indican en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.

Igualmente, con dicho pronunciamiento también se consideró que la omisión de la administración para efectuar los correspondientes descuentos para aportes al sistema no podía ser un impedimento para que tales emolumentos se incluyeran en la liquidación pensional *“...toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional”*.

Por lo tanto, debido a que al tutelante le es aplicable la Ley 33 de 1985 en atención a las leyes que cobijan a los docentes, en especial, la Ley 91 de 1989, y no en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la providencia atacada desconoció la mencionada regla, dado que el Tribunal no accedió a reliquidar la pensión de jubilación del señor Zeir Martínez Peláez con base en los factores salariales devengados en el último año, al negar las pretensiones de nulidad y restablecimiento dirigidas contra el acto que reconoció el derecho pensional del accionante y aquel que negó su reliquidación, tomando como IBL solo los factores salariales efectivamente cotizados durante el último año.

Ahora bien, el Tribunal accionado, para fundamentar su decisión, hizo referencia a las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 T-247 de 2016 y SU-395 de 2017, esta última que no estaba publicada al momento en el que la autoridad judicial profirió la sentencia del 7 de diciembre de 2017, pues únicamente contaba con el comunicado de prensa respectivo, el cual, es meramente informativo y no vinculante.

²¹ 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



Sin embargo, la Sala considera que el argumento invocado por el Tribunal no está llamado a prosperar dado que las reglas sentadas en las mencionadas sentencias de constitucionalidad y unificación, sobre los factores salariales a ser tenidos en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, fueron dictadas en el contexto del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual, como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, no es aplicable al caso concreto, dada la calidad de docente de la tutelante.

En efecto, la regla que fijó la Corte Constitucional en dichas providencias, consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21).

Sin embargo, como lo anticipó la Sala, esta discusión resulta irrelevante en el caso concreto, dado que al tutelante, por su condición de docente, le es aplicable el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, y no pertenece a las personas beneficiarias del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la sentencia SU-395 de 2017, la Sala reitera el criterio expuesto en la sentencia del 15 de febrero de 2018, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio²², en la que se indicó que el comunicado de prensa 36 del 22 de junio de 2017 emitido por la Corte Constitucional para informar sobre la decisión que contenía la referida sentencia de unificación no es vinculante, pues dichas comunicaciones son meramente informativas, tal y como lo afirmado esa misma corporación²³.

²² Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 15 de febrero de 2018. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 11001-03-15-000-2017-03351-00

²³ Auto 201 del 6 de septiembre de 2013. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.



Teniendo en cuenta lo anterior, no es de recibo el argumento del Tribunal, según el cual, al momento en que profirió la sentencia que se cuestiona con la presente solicitud de amparo, la sentencia de unificación referida lo vinculaba, pues no se encontraba publicada para ese entonces.

Igualmente, se tiene que dicha sentencia no hace referencia al régimen exceptuado que rige la pensión de jubilación de los docentes pues solo se pronunció en relación con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que no es aplicable al caso del señor Zeir Martínez Peláez por cuanto, al haber sido vinculado como docente con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley 812 de 2003, le corresponde el régimen consagrado en la Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, no en virtud de la transición establecida en la Ley 100 de 1993, sino porque pertenecer a un sistema exceptuado de dicha normatividad.

En consecuencia, si bien la sentencia SU-395 de 2017 intenta clarificar asuntos relacionados con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, frente al cálculo del ingreso base de liquidación para determinar el monto de la pensión de vejez, estas conclusiones de la Corte Constitucional no son aplicables a la situación específica de los docentes.

Así las cosas, como lo manifestó esta Sección en ocasiones anteriores²⁴, el Tribunal no podía invocar los aludidos pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional para apartarse de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, ya que en éstos el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional sentó reglas relacionadas con la normatividad aplicable para determinar el IBL para efectos de la liquidación de pensiones de jubilación cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación distinta a la objeto de estudio en el *sub judice*, dado que éste no le era aplicable al señor Zeir Martínez Peláez, puesto que el régimen pensional docente está expresamente excluido de la aplicación de la

²⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 6 de septiembre de 2017. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2017-01898-00 Consejo de Estado; Sentencia del 23 de noviembre de 2017. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02760-00



Ley 100 de 1993.

Como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, dicha postura se refiere únicamente respecto de los beneficiarios del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, no resulta aplicable al caso concreto, dado que el tutelante no está cobijado por dicho régimen de transición sino por la normatividad especial docente.

Así las cosas, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Risaralda, al proferir la sentencia del 7 de diciembre de 2017, desconoció el precedente sentado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, por lo que se ordenará amparar los derechos fundamentales del señor Zeir Martínez Peláez.

En este punto resulta relevante reiterar el criterio expuesto por la Sala en la sentencia del 22 de junio de 2017²⁵, en virtud del cual, los jueces pueden apartarse de las decisiones (distintas a las de constitucionalidad²⁶) que adopten las Altas Cortes, de conformidad con lo expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional SU-053 de 2015²⁷, atendiendo a una carga argumentativa exigente, la cual para el caso en concreto, no incluye la aplicación de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 o SU-395 de 2017, por lo expuesto en los párrafos precedentes.

Consecuentemente se dejará sin efecto dicho proveído y se ordenará al Tribunal demandado proferir una nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

Por 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,

²⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 22 de junio de 2017. C.P. Rocio Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-01234-00. Ver también la Sentencia del 14 de diciembre de 2017. C.P. Rocio Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02968-00

²⁶ Por tener efectos *erga omnes* y hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, tienen carácter inmutable, obligatorio y definitivo, de manera tal que las autoridades judiciales no pueden apartarse de su *ratio decidendi*.

²⁷ Corte Constitucional, SU-053 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



FALLA

PRIMERO: NEGAR las solicitudes de desvinculación propuestas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - la Fiduprevisora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Zeir Martínez Peláez vulnerado por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

TERCERO: En consecuencia, **DEJAR** sin efectos la providencia del 7 de diciembre de 2017 y **ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Risaralda que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta providencia profiera un nuevo fallo de segunda instancia de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuese impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria (art. 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBÍO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

A.V.



SC5780-6-1



GP059-6-1

