

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL DE REEMPLAZO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO EN SU DIMENSIÓN NEGATIVA / TIEMPO DE SERVICIO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE – Indebidamente valorado / NEGACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL DOCENTE – Por la presunta falta de acreditación de tiempo de servicio / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL – Fijado en la sentencia SU-769 de 2014 según el cual todos los tiempos de servicio deben ser computados para efectos pensionales / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO OPERARIO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES / VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[E]n el presente caso, en cuanto el accionante afirma que sigue laborando -y por tanto, sigue transcurriendo a su favor el tiempo necesario para cumplir con el requisito mínimo señalado en la ley con miras a obtener su pensión-, el Tribunal ha debido -en busca de la verdad y para hacer prevalecer el derecho sustancial- corroborarlo, y al efecto de establecer con criterio objetivo lo referente al tiempo de servicios, decretar y practicar las pruebas que fuesen necesarias, en vez de confundir un ascenso con un retiro del trabajo. Ese tiempo que el Tribunal no tuvo en cuenta es válido para completar el tiempo que se requiere para la pensión. El Tribunal, por otra parte, ignoró el precedente sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-769 de 2014, según la cual todos los tiempos de servicio deben ser computados para los efectos pensionales, sin discriminación alguna. Lo contrario -dice la Corte, y esta Sala lo comparte- “puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social”, además de que el hecho de no haberse efectuado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador. La Sala insiste en el principio pro homine, que en materias como la aquí tratada debe ser aplicado junto con el principio in dubio pro-operario y con el postulado de primacía de la realidad sobre los aspectos formales de las relaciones de trabajo. La Sala estima, entonces, viniendo al proceso objeto de estudio, que los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley -en este caso la ley pensional-, debido proceso -pues no fueron valoradas las pruebas orientadas a establecer la verdad-, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la seguridad social, a la tutela judicial efectiva y de acceso material a la administración de justicia, en el caso del [actor], siguen siendo vulnerados mientras no se establezca la realidad acerca del cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento a su pensión de jubilación. En consecuencia, así lo declarará esta providencia. Se concederá la tutela impetrada, se dejará sin efectos la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 por la Sala de Decisión Oral 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y se ordenará decretar y practicar todas las pruebas necesarias para establecer cuál es en la actualidad la situación real del [actor] en cuanto al cumplimiento del requisito del tiempo de servicios necesario para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación -incluyendo la totalidad de los tiempos en que lo ha hecho, sin excluir ninguno-, y, con base en ello, impartir la orden que corresponda a la autoridad administrativa a la cual compete el reconocimiento y pago de la pensión. No debe ser excluido el tiempo de los servicios prestados en la modalidad de órdenes de prestación de servicios (OPS), ni el tiempo de trabajo posterior al ascenso.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL DE REEMPLAZO / TEMERIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONCEPTO DE TEMERIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / INEXISTENCIA DE TEMERIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

En varias ocasiones ha sostenido la Corte que la temeridad es extraordinaria. Es imperativo establecer ese propósito abusivo en el caso concreto, conocidas y valoradas las circunstancias del accionante y la situación correspondiente. Se parte del principio de la buena fe (Art. 83 C.P.) y, por tanto, para que se configure la actuación temeraria es necesario, según la jurisprudencia constitucional, que nos encontremos ante la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto; que esa actuación se delate y verifique amañada, de tal forma que denote el propósito desleal que subraya la Corte. (...) No es el caso presente. No se ha acudido a varios jueces o tribunales de manera simultánea con los mismos hechos e idénticas pretensiones y, aunque ya se había acudido a la acción de tutela, la nueva demanda encuentra fundamento justificado en el hecho de que ya el Consejo de Estado había concedido la tutela e impartido al Tribunal de Norte de Santander una orden respecto a la valoración de las pruebas dentro del proceso contencioso administrativo, con el objeto de establecer de manera fundada y objetiva si el solicitante de la pensión reunía o no los requisitos señalados en la ley para tal efecto. Como el Tribunal insiste, sin análisis plausible y objetivo de los antecedentes probados en el proceso, en que el actor no tiene el tiempo de servicios para acceder a la pensión, el único camino que le queda es el ejercicio del derecho a la acción de tutela, previsto en el artículo 86 de la Constitución para la defensa de sus derechos fundamentales. Por tanto, concluye la Sala que no hay temeridad, y que, por el contrario, está plenamente justificada una nueva demanda de tutela.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO (CONJUEZ)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05252-00(AC)

Actor: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

Referencia: Acción de tutela



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Conjuces de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, integrada por los doctores Gustavo Cuello Iriarte, Camilo Calderón Rivera, Jaime Humberto Tobar Ordoñez y José Gregorio Hernández Galindo -Conjuez Ponente-, proceden a dictar sentencia en el caso de la acción de tutela incoada por Héctor Helí Gómez Salazar contra el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL NORTE DE SANTANDER.**

I. ANTECEDENTES

I.1.- La Demanda

El señor Héctor Helí Gómez Salazar, actuando por conducto de apoderado, formula demanda contra el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, Sala de Decisión Oral 002, M.P.: Dr. Edgard Enrique Bernal Jáuregui, en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política.

El apoderado narra así los hechos que, en su sentir, han significado vulneración de los derechos fundamentales de igualdad, debido proceso



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

y acceso efectivo a la administración de justicia, y de los derechos adquiridos con justo título, la seguridad social integral, en conexión con el régimen especial del magisterio, por haber incurrido el Tribunal - según el accionante- en notorias vías de hecho:

1. El señor GÓMEZ SALAZAR nació el 26 de septiembre de 1958 cumpliendo 55 años de edad en el año de 2013 y se desempeñó como docente al servicio del Municipio de Cúcuta con Ordenes de Prestación de Servicio a partir del 1º de marzo de 1990 hasta que fue vinculado en propiedad en el año de 1995 hasta la actualidad.

2. El docente cumplió los requisitos de pensión de jubilación el 26 de septiembre de 2013, fecha del estatus pensional, toda vez que contaba con 55 años de edad y 20 años de servicio docente, donde se incluye el tiempo laborado por OPS.

3. El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cúcuta, radicado No. 2014-00615, en sentencia de primera instancia del 22 de junio de 2017, decidió negar las pretensiones de la demanda desestimando el tiempo laborado por Ordenes de Prestación de Servicios.



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

4. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, M.P. Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui, mediante sentencia de segunda instancia del 10 de octubre de 2019 confirmó el fallo recurrido y por consiguiente negó las pretensiones de la demanda.

5. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, concluyó que el señor GÓMEZ SALAZAR no tiene los 20 años de servicio requeridos, a pesar de que hacen validos los tiempos de OPS, situación que va en contravía de las pruebas aportadas al expediente, pues el demandante continúa ejerciendo la actividad docente, por lo cual supera de manera amplia dicho término.

6. Por ello, el 21 de abril de 2020, radicó ante el H. Consejo de Estado acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales del señor HÉCTOR HELI GÓMEZ SALAZAR, por considerar que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander incurrió en el Defecto Factico Negativo por valorar de manera errónea la certificación de tiempo de servicios.

7. El 1º de junio de 2020, el H. Consejo de Estado, Sección Primera, radicado 11001-03-15-000- 2020-01232-00, decidió: (i) amparar los derechos fundamentales invocados (ii) dejó sin efecto la sentencia



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, (iii) ordenó al Tribunal requerir al FOMAG para que certifique de manera clara y precisa los nombramientos, instituciones y las fechas de vinculación y desvinculación como docente oficial y (iv) con ello proferir una nueva decisión.

8. El 6 de agosto de 2020, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander profirió una sentencia de reemplazo, la cual fue notificada el 09 de octubre de 2020, donde de manera sorpresiva vuelve a negar las pretensiones de la demanda con el argumento reiterado de no acreditar el tiempo de servicios requerido para lograr la pensión de jubilación (20 años de servicio), toda vez que para el tribunal tan solo ostenta 19 años, 9 meses y 7 días, incluidos los tiempos de OPS.

9. El 9 de noviembre de 2020, se radicó ante el H. Consejo de Estado solicitud de incidente de desacato, el cual no fue aperturado (Sic) al considerar que el Tribunal Administrativo cumplió con lo establecido en la acción tutelar”.

Considera el apoderado del actor que el Tribunal ha incurrido de nuevo en el defecto factico negativo, al valorar nuevamente de manera errónea la prueba que certifica los años de servicio docente y la



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

totalidad de los documentos que lo corroboran. A su juicio, la Sala del Tribunal “continúa vulnerando y transgrediendo los derechos fundamentales invocados, toda vez que reitera un error GRAVÍSIMO en la valoración de la prueba”.

Observa el apoderado que el señor HÉCTOR HELI GÓMEZ SALAZAR a la fecha continúa trabajando como docente oficial en la ciudad de Cúcuta, y su última novedad es un ascenso reportado el 31 de diciembre de 2010 y no como erróneamente lo interpreta la sentencia de reemplazo del Tribunal Administrativo como una fecha de finalización del servicio.

Por ese motivo en el reporte aparece la fecha de comienzo y no la fecha de finalización, pues se reitera, el docente continúa trabajando.

I.2.- Agrega la demanda

“En el mismo sentido, se puede establecer que en el acto administrativo demandado, Oficio No.2013RE9222 -de noviembre 12 de 2013, se evidencia el tiempo de servicios del 21 de abril de 1995 al 15 de octubre de 2013, tiempo que se debe sumar al laborado bajo la modalidad OPS y con el que cumpliría los requisitos para la pensión de jubilación a partir del 26 de septiembre de 2013 (fecha del estatus), así:



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

Tiempo OPS: 04 años, 4 meses y 10 días.

Tiempo Legal y Reglamentario: 18 años, 5 meses y 24 días.

TOTAL: 22 años, 10 meses y 4 días.

Sostiene la demanda que, al desconocer el tiempo de servicios acreditado, la Sala del Tribunal vulneró al señor HÉCTOR HELI GÓMEZ SALAZAR los derechos fundamentales a: la igualdad frente a la aplicación de la ley y el bloque de jurisprudencia relacionada con la pensión de jubilación con tiempos OPS, los derechos adquiridos con arreglo a la ley, el derecho a la seguridad social y la seguridad jurídica.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sobre la temeridad.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece:

"ARTICULO 38. ACTUACION TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

Para la Corte Constitucional (Sentencia T-308 de 1995), *“la temeridad de la tutela se pone de manifiesto por su doble o múltiple utilización ante diferentes jueces en cuanto, de una parte, hace que se despliegue de manera innecesaria la actividad judicial -desplazando procesos que ameritan igual o mayor atención, frustrando a otras personas el acceso a la administración de justicia y creando congestión en los despachos- y, de otra, delata el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable. Con tan irresponsable actitud se crea, además, el riesgo de decisiones encontradas sobre el mismo caso”.*

En varias ocasiones ha sostenido la Corte que la temeridad es extraordinaria. Es imperativo establecer ese propósito abusivo en el caso concreto, conocidas y valoradas las circunstancias del accionante y la situación correspondiente. Se parte del principio de la buena fe (Art. 83 C.P.) y, por tanto, para que se configure la actuación temeraria es necesario, según la jurisprudencia constitucional, que nos encontremos ante la presentación de más de una acción de amparo constitucional



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto; que esa actuación se delate y verifique amañada, de tal forma que denote el propósito desleal que subraya la Corte, en el cual insiste esta Sala: *"...obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable"*, lo cual demuestra un deliberado designio de abusar del derecho, llegando ante dos o más jueces para ver cuál de ellos concede la protección, lo cual implica un asalto a la buena fe de la administración de justicia.

No es el caso presente. No se ha acudido a varios jueces o tribunales de manera simultánea con los mismos hechos e idénticas pretensiones y, aunque ya se había acudido a la acción de tutela, la nueva demanda encuentra fundamento justificado en el hecho de que ya el Consejo de Estado había concedido la tutela e impartido al Tribunal de Norte de Santander una orden respecto a la valoración de las pruebas dentro del proceso contencioso administrativo, con el objeto de establecer de manera fundada y objetiva si el solicitante de la pensión reunía o no los requisitos señalados en la ley para tal efecto.

Como el Tribunal insiste, sin análisis plausible y objetivo de los antecedentes probados en el proceso, en que el actor no tiene el tiempo



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

de servicios para acceder a la pensión, el único camino que le queda es el ejercicio del derecho a la acción de tutela, previsto en el artículo 86 de la Constitución para la defensa de sus derechos fundamentales.

Por tanto, concluye la Sala que no hay temeridad, y que, por el contrario, está plenamente justificada una nueva demanda de tutela.

La violación de los derechos fundamentales.

No entra la Sala a establecer si en el caso concreto se reúnen o no los requisitos para obtener la pensión de jubilación. No es competente para ello. Pero sí le corresponde verificar si el Tribunal acató la decisión de tutela adoptada por el Consejo de Estado -Sección Primera- mediante Sentencia del 1 de junio de 2020 (Número único de radicación: 11001-03-15-000-2020-01232-00), en la cual, al conceder el amparo constitucional, se le ordenó que, sobre la base de la certificación del FOMAG y la definición clara y precisa sobre el tiempo de servicios del solicitante, proferir una nueva decisión de conformidad con los lineamientos señalados en dicho fallo.

Esos lineamientos fueron claramente definidos en la aludida sentencia:



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

"...la Sala considera que en el presente caso se incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración del Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por FOMAG, comoquiera que la información contenida en él resultaba insuficiente para establecer el tiempo total laborado por el actor como docente estatal, incertidumbre que debió corregirse mediante el decreto de una prueba oficiosa que esclareciera tal omisión".

La Sentencia sostuvo: *"...la posibilidad de que los jueces decreten pruebas de oficio va estrictamente ligada a la necesidad imperiosa de la búsqueda de la verdad en los procesos judiciales como el fin último y natural de la justicia, tal como lo ha sostenido esta Sección 9 en varias oportunidades, por lo tanto es absolutamente razonable y necesario que los operadores judiciales, al percatarse de la existencia de pruebas que pueden clarificar los fundamentos fácticos del caso, las decreten oficiosamente y la valoren, en aras de garantizar no solo la protección del principio de la justicia material sino el de la prevalencia del derecho sustancial".*

Esta Sala de conjueces debe reiterar el señalado criterio. Los jueces deben decretar y practicar todas las pruebas necesarias para llegar a la verdad en el caso. Su función, particularmente cuando se trata de la



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

salvaguarda y protección de los derechos fundamentales, no puede agotarse en consideraciones puramente formales. Se necesita garantizar que el acceso a la administración de justicia sea real y material. De ahí que la Sala reitera ahora lo ya dicho en la Sentencia del 1 de junio de 2020 acerca de la prevalencia del derecho sustancial.

Al respecto, ha sostenido la Corte Constitucional:

"Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial", está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que, en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio". (Sentencia C-029 de 1995)

Y sobre ese particular, en cuanto atañe a la función judicial, la Corte Constitucional precisó:



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

"La primacía del derecho sustancial, en principio, no obliga al legislador, sino a los encargados de administrar justicia. En realidad, podría decirse que el artículo 228 contiene una regla de interpretación, dirigida al juez". (Sentencia C-543 de 1993).

"El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto puede entenderse, en términos generales, como el apego estricto a las reglas procesales que obstaculizan la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones judiciales justas. En otras palabras, por la ciega obediencia al derecho procesal, el funcionario judicial abandona su rol como garante de la normatividad sustancial, para adoptar decisiones desproporcionadas y manifiestamente incompatibles con el ordenamiento jurídico. Bajo este supuesto, la validez de la decisión adoptada judicialmente no solo se determina por el cumplimiento estricto de las reglas procesales, sino que además depende de la protección de los derechos sustanciales. Por ello, ha sostenido la Corte, el sistema procesal moderno no puede utilizarse como una razón válida para negar la satisfacción de tales prerrogativas, en la medida que la existencia de las reglas procesales se justifica a



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

partir del contenido material que propenden". (Sentencia SU-061 de 2018)

Sobre el papel del juez, en especial cuando se trata de la búsqueda de la verdad y en cristalización del objetivo superior de la actividad judicial, ha dicho la jurisprudencia constitucional:

"El Juez del Estado Social de Derecho es uno que ha dejado de ser el "frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley", convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. Bajo los principios de la nueva



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial.

Ahora bien, "no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material". De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente "la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares". Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material". (Sentencia SU-768 de 2014).



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

Es claro, por otra parte, que el tiempo en que se labora mediante órdenes de prestación de servicios (OPS) debe ser tenido siempre en cuenta para los efectos de cómputo del tiempo necesario para adquirir la pensión de jubilación. Desconocerlo, no solamente iría contra los artículos 35 (garantía del trabajo en condiciones dignas y justas), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 de la Constitución (derecho a las pensiones legales), sino que implicaría el desconocer la prevalencia de la realidad sobre las formas aplicadas por las entidades contratantes o nominadoras (art. 53 C.P.), menoscabar los derechos de los trabajadores y de las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.) e inaplicar las garantías constitucionales que corresponden a la familia (art. 5 C.P.). De conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política, debe prevalecer la Constitución sobre cualquiera otra norma jurídica que con los aludidos derechos sea incompatible, o se la interprete o venga aplicando en sentido inconstitucional.

Pues bien, en el presente caso, en cuanto el accionante afirma que sigue laborando -y por tanto, sigue transcurriendo a su favor el tiempo necesario para cumplir con el requisito mínimo señalado en la ley con miras a obtener su pensión-, el Tribunal ha debido -en busca de la verdad y para hacer prevalecer el derecho sustancial- corroborarlo, y al efecto de establecer con criterio objetivo lo referente al tiempo de



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

servicios, decretar y practicar las pruebas que fuesen necesarias, en vez de confundir un ascenso con un retiro del trabajo. Ese tiempo que el Tribunal no tuvo en cuenta es válido para completar el tiempo que se requiere para la pensión.

El Tribunal, por otra parte, ignoró el precedente sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-769 de 2014, según la cual todos los tiempos de servicio deben ser computados para los efectos pensionales, sin discriminación alguna. Lo contrario -dice la Corte, y esta Sala lo comparte- "puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social", además de que el hecho de no haberse efectuado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador.

La Sala insiste en el principio *pro homine*, que en materias como la aquí tratada debe ser aplicado junto con el principio *in dubio pro-operario* y con el postulado de primacía de la realidad sobre los aspectos formales de las relaciones de trabajo.

La Sala estima, entonces, viniendo al proceso objeto de estudio, que los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley -en este caso la ley pensional-, debido proceso -pues no fueron valoradas las pruebas



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

orientadas a establecer la verdad-, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la seguridad social, a la tutela judicial efectiva y de acceso material a la administración de justicia, en el caso del señor Héctor Helí Gómez Salazar, siguen siendo vulnerados mientras no se establezca la realidad acerca del cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento a su pensión de jubilación.

En consecuencia, así lo declarará esta providencia. Se concederá la tutela impetrada, se dejará sin efectos la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 por la Sala de Decisión Oral 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y se ordenará decretar y practicar todas las pruebas necesarias para establecer cuál es en la actualidad la situación real del señor Gómez Salazar en cuanto al cumplimiento del requisito del tiempo de servicios necesario para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación -incluyendo la totalidad de los tiempos en que lo ha hecho, sin excluir ninguno-, y, con base en ello, impartir la orden que corresponda a la autoridad administrativa a la cual compete el reconocimiento y pago de la pensión. No debe ser excluido el tiempo de los servicios prestados en la modalidad de órdenes de prestación de servicios (OPS), ni el tiempo de trabajo posterior al ascenso.



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera -integrada por conjueces-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

Primero. - DECLARAR que, en el presente caso, al señor **HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR** le han sido violados -en lo sustancial- los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, a la prueba y al debido proceso, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la seguridad social, a la tutela judicial efectiva y de acceso a la administración de justicia.

Segundo. - CONCEDER la TUTELA solicitada por **HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR**.

Tercero. - DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 por la Sala de Decisión Oral 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

Cuarto.- ORDENAR a la Sala de Decisión Oral 002 del Tribunal Administrativo del Norte de Santander que, en un término máximo de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta Sentencia, decrete y practique todas las pruebas necesarias para establecer cuál es en la actualidad la situación real del señor Gómez Salazar en cuanto al cumplimiento del requisito del tiempo de servicios necesario para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación -incluyendo la totalidad de los tiempos en que lo ha hecho, sin excluir ninguno-, y, con base en ello, imparta, mediante nuevo fallo, la orden que corresponda a la autoridad administrativa a la cual compete el reconocimiento y pago de la pensión. No será excluido el tiempo de los servicios prestados en la modalidad de órdenes de prestación de servicios (OPS), ni el tiempo de trabajo posterior al ascenso.

Quinto. - NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

Sexto. -En caso de que esta providencia no sea impugnada y quede en firme, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Séptimo. -El contenido de la presente providencia, publíquese en la página web del Consejo de Estado.



NÚMERO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2020-05252-00
ACTOR: HÉCTOR HELÍ GÓMEZ SALAZAR.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de febrero de 2021.

**JOSÉ
HERNÁNDEZ GALINDO**
Conjuez Ponente

GREGORIO

CAMILO CALDERÓN RIVERA
Conjuez

GUSTAVO CUELLO IRIARTE
Conjuez

**JAIME HUMBERTO TOVAR
ORDÓÑEZ**
Conjuez