



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente:** *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., abril dieciocho (18) de dos mil dieciocho (2018)

**RADICACIÓN NÚMERO:** 11001-03-15-000-2017-02230-01

**ACTOR:** GERMÁN ANÍBAL LONDOÑO GIRALDO

**DEMANDADO:** CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

**ASUNTO:** ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el apoderado del demandante, en contra del fallo de 22 de febrero de 2018, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La petición

La parte accionante, ejerció acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con escrito radicado el 29 de agosto de 2017, en la Secretaría General de esta Corporación, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad al acceso a la administración de justicia, al mínimo vital y móvil, así como a los principios de favorabilidad laboral, progresividad y congruencia.

Sostuvo que las mencionadas garantías constitucionales le fueron vulneradas con la sentencia del 9 de marzo de 2017, emitida por la autoridad judicial demandada, mediante la cual revocó la sentencia proferida el 21 de agosto de 2013, que accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y



restablecimiento de derecho propuso en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

En consecuencia, la parte actora pretende:

*«1. Tutelar a favor de mi mandante los derechos fundamentales al trabajo, principio de favorabilidad, al debido proceso, congruencia, igualdad, el derecho de acceder a la administración de justicia de conformidad con el estado social de derecho (sic).*

*2. Como consecuencia de lo anterior, y en aplicación de dichos preceptos Constitucionales (sic), dejar sin efectos jurídicos la providencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO – SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A ... y su sentencia expedida el Nueve (9) de Marzo de 2017 y en su lugar, se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación de la mesada pensional de mi mandante o en su defecto se ordene impartir nuevo fallo aplicando los derechos fundamentales y principios constitucionales vulnerados, conforme la sentencia de primera instancia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN D, el veintiuno (21) de agosto de 2013.»*

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

## **2. Hechos**

Sostuvo que presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, con la finalidad de que se le reliquidara su mesada pensional sobre el 75% del salario promedio de lo devengado durante el último año de servicios y con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados.

Indicó que el conocimiento de dicho proceso en primera instancia le correspondió a la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que mediante sentencia de 21 de agosto de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda.

Resaltó que dicho despacho judicial declaró la nulidad del acto administrativo que negó la reliquidación y, a su vez, ordenó la



inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro, dentro de las cuales se encontraban las horas extras diurna dominical y festivos y horas extras nocturnas administrativas.

Precisó que la referida cartera presentó un recurso de apelación en contra de la citada decisión, cuyo conocimiento le correspondió a la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que a través de fallo de 9 de marzo de 2017, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda ordinaria. Dentro de los argumentos expuestos en esta providencia se citan los siguientes:

*«En conclusión: El régimen pensional aplicable al señor Germán Aníbal Londoño Giraldo es el contenido en el decreto ley 1214 de 1990 en tanto que se vinculó al servicio público como médico especialista en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, siendo parte del personal civil de la institución policial.*

**Aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 al caso de la referencia.**

*Ahora bien, el demandante solicita en la demanda la aplicación de la sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la cual se indicó...*

*Dicho lo anterior se deduce que la sentencia aludida hace referencia a la posibilidad de tener en cuenta factores no incluidos en la Ley 33 de 1985, es decir, tratándose del régimen general de pensiones para los servidores públicos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.*

*Bajo ese orden de ideas, no es aplicable la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 al caso concreto como lo invoca el demandante y lo afirmó el a quo, por cuanto su aplicación no puede extenderse a un régimen especial que limita expresamente cuáles son los factores salariales susceptibles de ser tenidos en cuenta para liquidar la prestación pensional, como el estatuido en el Decreto ley 1214 de 1990.*

...



*En efecto, para el caso concreto el principio de inescindibilidad de la norma debe primar sobre los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral en tanto que los mismos no son aplicables a este.*

...

*En consecuencia, se reitera, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 no es aplicable al sub examine, en razón a que el régimen pensional aplicable al demandante es el contenido en el Decreto ley 1214 de 1990, debido a su vinculación como médico especialista a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.*

*Dicho lo anterior, debido a que el artículo 102 del citado decreto no contempla los factores deprecados por el demandante, esto es, horas extras nocturnas administrativas, horas extras diurnas y festivos, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de generar una nueva liquidación de su pensión de jubilación.*

***En conclusión:*** *Conforme al principio de inescindibilidad de las normas y a que el régimen pensional aplicable al demandante es el especial contenido en el Decreto 1214 de 1990, el cual no contempla que se liquide la pensión de jubilación con factores diferentes a los contenidos en el artículo 102, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su prestación con el fin de que le incluyan los factores de horas extras, nocturnas administrativas, horas extras diurnas y festivos.*

...»

### **3. Fundamento de la petición**

Para el demandante con la providencia cuestionada se incurrió en un defecto sustantivo, puesto que interpretó erróneamente el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, toda vez que las horas extras son inherentes al salario y, por tanto, debían ser tenidas en cuenta en la reliquidación pensional.

Añadió que la autoridad judicial demandada también desconoció el precedente judicial trazado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 27 de agosto de 2009 y 23 de agosto de 2012, emitidas dentro de los expedientes «0241-2007» y 2321-



10, respectivamente, según las cuales es posible la aplicación de normas generales, a pesar de la existencia de disposiciones de carácter especial que gobiernen el caso concreto. Asimismo, citó como desconocidas las sentencias C-182 de 1997 y C-461 de 1995 de la Corte Constitucional.

Resaltó que con la providencia demandada se desconoció de manera directa lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y la jurisprudencia relacionada con el concepto de salario, la aplicación del régimen general – especial y la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores que constituyen salario (horas extras nocturnas administrativas, horas extras diurnas y festivos).

#### **4. Trámite de la solicitud de amparo**

Mediante auto del 30 de agosto de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la solicitud de amparo, por lo que ordenó la notificación de la autoridad judicial demandada.

A su vez, dispuso la vinculación de la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, en calidad de terceros con interés en el resultado del proceso. Asimismo, se ordenó la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

#### **5. Argumentos de defensa**

##### **5.1 Magistrados que integran la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado**

A través de escrito recibido el 12 de septiembre de 2017, el magistrado ponente de la decisión demandada se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que esta se expidió de conformidad con las normas aplicables y el material probatorio obrante en el expediente.



Precisó que el régimen del accionante en calidad de médico especialista es el contemplado en el Decreto 1214 de 1990, el cual en su artículo 102 enumera de forma taxativa los factores o partidas computables para efectos de liquidar las pensiones de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los pretendidos con la demanda ordinaria ni con esta acción de tutela.

Agregó que conforme al párrafo 2° *ibidem*, existe expresa prohibición de incluir partidas diferentes a las señaladas en la ley para efectos de computar las pensiones y demás prestaciones sociales.

Resaltó que tampoco es aplicable la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, puesto que esta hace referencia a la posibilidad de tener en cuenta factores no incluidos en la Ley 33 de 1985, es decir, tratándose del régimen general de pensiones para los servidores públicos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin que sus efectos puedan extenderse a un régimen especial.

## **5.2 Magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Cundinamarca**

A pesar de su notificación, esta autoridad no contestó.

## **5.3 Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional**

Mediante escrito recibido electrónicamente el 12 de septiembre de 2017, esta entidad se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que ninguna garantía que conforma la seguridad social ni el principio de favorabilidad han sido objeto de vulneración alguna por parte de la autoridad judicial demandada.

Hizo referencia al régimen consagrado en el Decreto 1214 de 1990, para resaltar que esta norma, que es la que regula la situación administrativa del actor, señala taxativamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de conmutar la pensión de jubilación, por lo que, la pretensión relacionada con la inclusión



de otros emolumentos adicionales no tiene vocación de prosperidad.

**5.4 La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado,** pese a su notificación, guardó silencio.

## **6. Sentencia de primera instancia**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante fallo del 22 de febrero de 2018, negó la solicitud de amparo, al considerar que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo al interpretar y aplicar el Decreto Ley 1214 de 1990, al momento de negar la reliquidación de la pensión de jubilación.

Indicó que el artículo 102 *ibidem*, en el que se establece un listado de factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación, que para el caso del actor, quien fungió como médico especialista, era aplicable. Igualmente, el párrafo 2° del mencionado artículo establece una prohibición de computar otros factores diferentes.

Señaló que el hecho de que no se ordenara la reliquidación de la mesada pensional de jubilación con la inclusión de los factores salariales denominados horas extras nocturnas administrativas, horas extras diurnas dominicales y festivos, no deviene en un defecto sustantivo, pues estos no aparecen dentro del listado del artículo 102 del Decreto Ley 1214 de 1990. Al respecto, añadió:

*«Ahora bien, la Sala comparte la afirmación efectuada por la autoridad judicial accionada en la sentencia de 9 de marzo de 2017 y en la contestación de la acción de tutela, en la que indica que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, el régimen general de pensiones debe aplicarse en forma integral y no fraccionada. Por consiguiente, el régimen especial que lo cobija debe ser aplicado en su totalidad y que, no se debe pasar por alto, que este es más beneficioso que el establecido en el general.»*

Precisó que el demandante tampoco cumplió con la carga de señalar un precedente que estableciera una regla jurisprudencial



aplicable al asunto de la referencia, por lo que no se presentó un desconocimiento del precedente judicial. En lo pertinente, agregó:

*«Ahora bien, frente a la sentencia de 23 de agosto de 2012, se advierte que dicha decisión no guarda similitud fáctica ni jurídica, pues en el asunto objeto de estudio el debate se circunscribió a la inclusión en la reliquidación pensional de jubilación del accionante de los factores salariales denominados horas extras nocturnas administrativas, horas extras diurnas dominicales y festivos, los cuales no aparecen dentro del listado del artículo 102 del Decreto Ley 1214 de 1990. Mientras que, en la decisión que se trae a colación, abordó lo relativo a una pensión de sobreviviente que se ordenó reconocer al Ejército Nacional a favor de una menor de edad en los términos previstos de los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicho régimen general es más favorable que el mencionado decreto.*

*De lo anterior, es claro que se tratan de dos situaciones diferentes, pues si bien en la sentencia que se trae como precedente se aplicó favorablemente el régimen general sobre el especial, lo cierto es que son prestaciones y situaciones jurídicas distintas, pues si bien son pensiones las que se reconocieron, una es de jubilación y la otra es de sobreviviente, las cuales tienen requisitos diferentes para su reconocimiento.*

*Igualmente, se precisa que en la sentencia de 23 de agosto de 2012, se reconoció la pensión de sobreviviente a la menor de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, norma que se aplicó en forma íntegra, con base en el principio de inescindibilidad.*

*Por otra parte, frente a la sentencia de 27 de agosto de 2009 dictada dentro del radicado 0241-2007, esta Sala advierte que esta decisión no se ubicó en el software de consulta de la Rama Judicial Siglo XXI, ni tampoco el actor aportó copia de la decisión con el fin de hacer un ejercicio de comparación, razón de sobra para abstenerse de realizar pronunciamiento alguno.»*

Concluyó que debía negarse el amparo solicitado respecto del cargo relacionado con el desconocimiento del precedente judicial, pues por una parte, la decisión del 23 de agosto de 2012 no era aplicable al asunto de la referencia y, en segundo término, el actor





no cumplió con la carga de aportar la sentencia de 27 de agosto de 2009.

Señaló que el hecho de que al actor le aplique un régimen pensional distinto, no deviene en una vulneración de sus derechos fundamentales y mucho menos constituye una violación directa de la Constitución, pues si en el ordenamiento jurídico se establecieron unos requisitos para acceder a una determinada prestación económica, estos se deben cumplir en su totalidad.

## 7. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, mediante escrito recibido el 5 de marzo de 2018<sup>1</sup>, la parte demandante, la impugnó por los siguientes motivos:

Sostuvo que el *a quo* no valoró adecuadamente sus argumentos relacionados con los derechos fundamentales invocados con su solicitud de amparo.

Indicó que con su demanda constitucional no solo señaló un defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente, sino también la violación directa de la Constitución, lo cual, a su juicio, no fue materia de pronunciamiento por parte del juez constitucional de primera instancia.

Refirió que no existen razones para que al accionante se le niegue el derecho a la reliquidación pensional, pues no se le computaron unos factores que devengó en el último año de servicios, denominados horas extras, los cuales correspondían al 40% del salario percibido.

Hizo referencia al concepto de salario como aquella suma que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, para resaltar que si bien el artículo 102 del Decreto Ley 1214 de 1990 enlista unos factores, las horas extras no se encuentran enunciadas allí por cuanto estas se entienden incorporadas en la noción de salario.

---

<sup>1</sup> La parte impugnante fue notificada electrónicamente el 1° de marzo de 2018.



Señaló que es contradictorio que se haga referencia al párrafo 2° *ibidem*, pues el legislador en ningún momento estableció la prohibición de computar las horas extras como factor salarial, como bien lo hizo frente a otros factores «*demás primas, subsidios y auxilios consagrados*». Por lo que, a su juicio, al no estar prohibido su cómputo en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra permitido, máxime cuando se trata de derechos laborales.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia que negó la solicitud de amparo, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar de conformidad con los cargos expuestos en la impugnación, si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 22 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó la protección constitucional deprecada, al considerar que la autoridad judicial demandada no había incurrido en el defecto sustantivo alegado ni en el desconocimiento del precedente invocado por la parte actora.

### 3. Caso concreto

El actor sostuvo que las mencionadas garantías constitucionales le fueron vulneradas con la sentencia del 9 de marzo de 2017, emitida por la autoridad judicial demandada, mediante la cual revocó la sentencia proferida el 21 de agosto de 2013, que accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formuló en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.



Específicamente, el accionante manifestó que con la providencia cuestionada se incurrió en un defecto sustantivo por la interpretación errónea del artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, y que también se desconoció el precedente judicial trazado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 27 de agosto de 2009 y 23 de agosto de 2012, emitidas dentro de los expedientes «0241-2007» y 2321-10, respectivamente, según las cuales es posible la aplicación de normas generales, a pesar de la existencia de disposiciones de carácter especial que gobiernen el caso concreto. Asimismo, citó como desconocidas las sentencias C-182 de 1997 y C-461 de 1995 de la Corte Constitucional.

Al igual, consideró el actor que con la providencia demandada se desconoció de manera directa lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y la jurisprudencia relacionada con el concepto de salario, la aplicación del régimen general – especial y la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores que constituyen salario (horas extras nocturnas administrativas, horas extras diurnas y festivas).

Por su parte, tanto la autoridad judicial demandada como el ministerio vinculado se opusieron a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que con la providencia cuestionada no se vulneraba derecho fundamental alguno, pues se soportó en las normas correspondientes y el material probatorio allegado al proceso ordinario.

El *a quo* negó la protección constitucional invocada, al considerar que: i) el régimen especial que cobijaba al accionante debía ser aplicado en su totalidad y no fraccionado, ii) en relación con el precedente, indicó que la decisión del 23 de agosto de 2012 no era aplicable al asunto de la referencia y, en segundo término, el actor no cumplió con la carga de aportar la sentencia de 27 de agosto de 2009 y, iii) la aplicación de un régimen pensional distinto al general, que a juicio del actor resulta más beneficioso, no deviene en una vulneración de sus derechos fundamentales y mucho menos constituye una violación directa de la Constitución.



Inconforme con dicha decisión, el accionante impugnó al considerar que el *a quo* no valoró adecuadamente sus argumentos relacionados con los derechos fundamentales invocados con su solicitud de amparo, pues no analizó la violación directa de la Constitución que planteó desde un inicio. Resaltó que a pesar de que las horas extras no se encuentran enunciadas en la mencionada disposición normativa, estas se entienden incorporadas a la noción de salario y que si el párrafo 2° *ibidem*, no prohibió su cómputo entonces su inclusión se encuentra permitida.

Al respecto, debe precisarse que el régimen aplicable al demandante, tal como lo indicó la autoridad judicial demandada, es el contemplado en el Decreto Ley 1214 de 1990, por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, en razón a la calidad de su vinculación laboral como médico especialista de la institución. Dicho decreto contempla:

*«ARTÍCULO 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:*

- a. Sueldo básico.*
- b. Prima de servicio.*
- c. Prima de alimentación.*
- d. Prima de actividad.*
- e. Subsidio familiar.*
- f. Auxilio de transporte.*
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.*



*PARAGRAFO 1o. El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.*

*PARAGRAFO 2o. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales.»*

De manera que, para la Sala, no le asiste razón a la demandante en pretender la reliquidación de las demás prestaciones sociales con inclusión de las horas extras, toda vez que es la misma norma la que taxativamente no incluyó dichos emolumentos para la liquidación pensional.

Ahora bien, dentro de los argumentos planteados con su impugnación el actor insistió en que dichos emolumentos debían entenderse incluidos en el concepto de «salario», pues las horas extras pretendidas las había percibido de manera habitual y periódica como contraprestación de sus labores.

Al respecto, debe indicarse que la aplicación del régimen general pensional que pudiera resultar más beneficioso al demandante, no puede desconocer la existencia del régimen especial que regula la situación jurídico - administrativa del accionante, precisamente, por cuanto este último contiene condiciones y requisitos más favorables que los contemplados en aquel.

Asimismo, debe precisarse que en virtud del principio de inescindibilidad normativa la aplicación de un régimen en particular no puede parcializarse con apartes de uno y otro régimen, sino que debe atenderse de manera íntegra, dadas las prerrogativas contempladas en este.

Por otro lado, en lo atinente al presunto desconocimiento del precedente judicial, debe indicarse, en primer lugar, que el análisis que efectuó la autoridad judicial demandada se efectuó respecto de



la sentencia del 4 de agosto de 2010, emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues así lo solicitó el accionante con su demanda ordinaria. Con esta providencia se fijaron unas reglas específicas frente a la aplicación de la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

En segundo lugar, se observa que la solicitud de amparo hace referencia a otras sentencias, que si bien fueron dictadas por la aludida sección, lo cierto es que sus contenidos difieren del lineamiento trazado en la providencia del 4 de agosto de 2010.

No obstante, a juicio del demandante con la sentencia cuestionada se desconoció el precedente contenido en las sentencias del 27 de agosto de 2009 y 23 de agosto de 2012, según las cuales, es posible aplicar el régimen general en desmedro del especial, cuando estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones; al igual que las sentencias C-182 de 1997 y C-461 de 1995 de la Corte Constitucional.

Al respecto, la Sala encuentra que el actor no suministró los datos necesarios para la identificación de la sentencia del 27 de agosto de 2009. La del 23 de agosto de 2012 sí corresponde al radicado 73001-23-31-000-2004-00766-02, identificado en la solicitud de amparo. Con esta última la parte demandante solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente conforme a la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, precisa la Sala que con la sentencia C-182 de 1997, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de los artículos 188 (parcial) del Decreto 1211 de 1990, 174 (parcial) del Decreto 1212 de 1990, 131 (parcial) del Decreto 1213 de 1990 y 125 (parcial) del Decreto 1214 de 1990. En esta providencia se aludió al derecho a la igualdad que tienen en pensión los sobrevivientes.

Asimismo, con la sentencia C-461 de 1995, la citada Corporación estudió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Con esta se declaró la exequibilidad de dicho artículo, siempre y cuando su aplicación no



vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar.

Por lo que, para la Sala es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional se ha referido al precedente de la siguiente manera:

«El precedente debe ser anterior a la decisión en la que se pretende aplicar y, además, **debe presentarse una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos.**»<sup>2</sup>

(negrilla fuera del texto).

Adicionalmente, debe precisarse que esta Sección en reiterados pronunciamientos ha indicado que el concepto de precedente hace referencia a la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la *ratio decidendi*, la cual no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho.

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

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

De manera que, para la Sala las sentencias invocadas no constituyen precedente, puesto que no analizaron situación jurídica ni fáctica similar a la pretendida por el actor con el proceso ordinario y a través de esta acción constitucional.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T - 762 de 2011.



Así las cosas, para la Sala la decisión acusada no resulta arbitraria ni caprichosa, ya que la autoridad judicial demandada no podía avalar una situación jurídico - administrativa inexistente, tal como lo pretende hacer valer la parte actora, esto es, la inclusión de los emolumentos no enlistados en la norma especial que regula la liquidación de su prestación social.

Conforme a lo anterior, para la Sala con la decisión cuestionada tampoco se vulnera ningún derecho laboral y de seguridad social contemplados en el artículo 48 superior y, mucho menos a los principios de favorabilidad, previsto en el artículo 53 *ibidem*<sup>3</sup> y progresividad, según el cual los Estados partes de la Convención se comprometen a adoptar en sus providencias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura<sup>4</sup>.

Finalmente, debe indicarse que fue por disposición expresa del legislador que las aludidas horas extras no se incluyeran dentro de las partidas computables para la liquidación de las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

De manera que, contrario a lo manifestado por el impugnante, la falta de prohibición para su reconocimiento no implica que se encuentre permitido, pues de ser así se desconocería la voluntad consagrada en la citada norma, que taxativamente enlistó unos emolumentos para la liquidación de las referidas prestaciones, según el régimen pensional especial aplicable al actor.

---

<sup>3</sup> Según el cual debe aplicarse la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

<sup>4</sup> Sentencia C-038 de 2004. En relación con esta última garantía, la Corte Constitucional ha señalado: «El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.»





Por lo que, no es posible imponerle al juez del proceso ordinario un criterio interpretativo o valorativo de las premisas fácticas, pues hacerse se atendería en contra de los referidos principios de autonomía e independencia judicial y con ello se desnaturalizaría la finalidad de las acciones de tutela como mecanismo residual, pues se convertiría en una instancia adicional de control frente a las decisiones judiciales.

Por tanto, la Sala advierte que lo pretendido por el demandante es reabrir un debate probatorio ya concluido por el juez natural de la causa, que en virtud de su autonomía judicial, que no accedió a las pretensiones de la demanda ordinaria.

Al respecto, debe recordarse que la acción de tutela tiene un carácter excepcional y subsidiario, de manera que no puede utilizarse para plantear meras inconformidades respecto del análisis que la autoridad judicial demandada efectuó para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela impugnado, puesto que se observa que con la sentencia demandada no se incurrió en los defectos alegados por la parte demandante.

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO:** Confírmase la sentencia del 22 de febrero de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

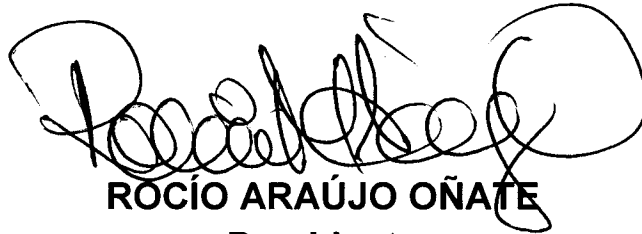
**TERCERO:** Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para



su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el expediente que fue remitido en préstamo al despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Presidente**




**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera**



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Consejero**



**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero**



SC5780-6-1



GP059-6-1

