



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00426-01**

**Actor: JOSÉ DEL CARMEN HERRERA URREGO**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "E"**

**Asunto: Fallo de Segunda Instancia - Tutela contra providencia judicial. Confirma negativa.**

La Sala decide la impugnación interpuesta por el accionante en contra de la sentencia de 22 de marzo de 2018, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado, **negó** las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. Solicitud

El señor **José del Carmen Herrera Urrego**, actuando a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E"**, el cual, mediante providencia de 27 de abril de 2017, revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 51 Administrativo de Bogotá el 18 de julio de 2016, y en su lugar accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el actor contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP.

El tutelante consideró que con la referida decisión la autoridad cuestionada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de igualdad y los principios de confianza legítima y favorabilidad laboral.



## 1.2. Hechos

Como sustento fáctico de la demanda, se señaló, en síntesis, que:

**1.2.1.** La Secretaría de Hacienda de Bogotá (hoy FONCEP) reconoció pensión de jubilación a favor del actor mediante Resolución No. 3216 el 16 de diciembre de 2003, con efectos a partir del 18 de marzo del mismo año, *“omitiendo la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios”*.

**1.2.2.** Expuso que en el año 2013 solicitó la reliquidación de su pensión, petición que fue negada, con fundamento en lo anterior presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra FONCEP.

**1.2.3.** El trámite judicial correspondió en primera instancia al Juzgado 51 Administrativo de Bogotá, autoridad que con sentencia de 18 de julio de 2016 negó las súplicas de la demanda.

**1.2.4.** En desacuerdo con lo decidido por el *a quo* del trámite ordinario el actor presentó recurso de apelación que fue conocido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, que mediante proveído de 27 de abril de 2017 revocó la providencia objeto de análisis y ordenó la reliquidación de la prestación reconocida a favor del actor.

**1.2.5.** El *ad quem* fundamentó su decisión en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 4 de agosto de 2010, al respecto ordenó:

“(…)

Segundo: Condenar al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP a lo siguiente:

- a. Reliquidar el valor de la mesada pensional de jubilación reconocida al señor José del Carmen Herrera (...) sobre el 75% del promedio de todo lo devengado en el año anterior a su retiro (...) incluyéndose como factores salariales además de la asignación básica, las doceavas de la prima de vacaciones y la prima de navidad, con efectividad a partir del 18 de marzo de 2003”.



**1.2.5.** Manifestó el actor que pese a que el fallo fue favorable, el Tribunal accionado dejó por fuera factores que también había devengado en el último año de servicio, como la prima de servicio, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y quinquenio, indicando que se trataban de factores extralegales. Con fundamento en lo anterior presentó solicitud de adición de sentencia, no obstante dicha petición fue negada mediante providencia del 23 de noviembre de 2017.

### **1.3. Fundamentos**

En criterio de la parte tutelante, a través de la providencia cuestionada se vulneraron sus derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y los principios de confianza legítima y favorabilidad laboral. Al respecto, manifestó que la decisión enjuiciada incurrió en **desconocimiento de precedente**.

Alegó que al excluir los factores salariales *“prima de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y quinquenio devengados durante el último año de servicios, está desconociendo parcialmente la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado”*, haciendo referencia con lo anterior que el juez accionado *“no aplicó íntegramente”* la decisión del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente No. 2006-07509.

Manifestó que en la citada providencia el órgano de cierre fue claro en indicar que para liquidar las pensiones de los servidores públicos amparados con el régimen de transición, como es su caso, se debían tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional *“lo que no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”*.

### **1.4. Petición de amparo**

A título de amparo constitucional solicitó:



“1. AMPARAR los DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS, FAVORABILIDAD LABORAL E INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, DEBIDO PROCESO e IGUALDAD PROCESAL, del Señor JOSÉ DEL CARMEN HERRERA URREGO.

2. ORDENAR al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN E, en amparo a los derechos enunciados, revocar la sentencia proferida el 27 de Abril de 2017 y providencia del 23 de Noviembre de 2017, que REVOCÓ el fallo de primera instancia proferido por el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA D.C., y en consecuencia se ordena la reliquidación de la pensión de mi asistido incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio, incluyendo la prima de antigüedad, recargo nocturno / horas extras, prima de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y quinquenio, indexando la prima mesada pensional.

3. Las demás que este Honorable Despacho considere para proteger los derechos aquí tutelados”.

### **1.5. Trámite de la acción de tutela**

Por auto del 19 de febrero de 2018<sup>1</sup>, la Sección Cuarta de esta Corporación admitió la acción de tutela de la referencia y como consecuencia de esto, ordenó notificar como accionados a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”.

Así mismo, vinculó como tercero con interés en las resultas de este proceso al Juzgado 51 Administrativo de Bogotá y a Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP.

### **1.6. Contestaciones**

#### **1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”**

Allegó informe suscrito por la Magistrada ponente de la decisión que se censura en el asunto de autos en el que solicitó se negaran las pretensiones de amparo constitucional.

Al efecto, argumentó que la providencia enjuiciada no incurrió en desconocimiento de precedente de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, indicó que por el contrario, fue con fundamento en el fallo de 4 de agosto de

---

<sup>1</sup> Folio 51.



2010 que ordenó reliquidar la pensión del demandante con la inclusión de 1/12 de la prima de vacaciones y de navidad, pero, teniendo en cuenta el carácter territorial de la vinculación laboral del actor, *Técnico Código 401 Grado 09 de la Alcaldía de Bogotá*, no se ordenó la inclusión de la prima de servicio, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y quinquenio, por su origen extralegal.

Expuso que dichos factores fueron percibidos con ocasión de Acuerdos Distritales y actas de convenios suscritas entre el sindicato de empleados del Distrito Bogotá y la administración, luego, atendiendo su naturaleza extralegal no había lugar *“a incluir en la base de liquidación, factores salariales que tengan su origen en normas proferidas por fuera del marco legal de competencia de las entidades que las expidieron”*.

### **1.6.2. Juzgado 51 Administrativo de Bogotá**

Actuando a través del titular del despacho manifestó que la acción de tutela de la referencia *“no reúne la totalidad de los requisitos para la procedencia, habida cuenta que la situación planteada no corresponde a un asunto de relevancia constitucional, pues se limita a una situación de interpretación legal a la luz de los precedentes jurisprudenciales que han abordado el tema objeto de estudio”*.

Por lo demás, realizó un recuento de los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional cuando se interpone acción de amparo constitucional contra una providencia judicial y los requisitos de procedibilidad en estos casos.

### **1.6.3 FONCEP**

Actuando a través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica rindió informe en el que solicitó se declarara improcedente la acción constitucional objeto de estudio.

Indicó que contrario a lo expuesto por el actor, sus derechos fundamentales no fueron desconocidos por la autoridad judicial accionada, toda vez que la providencia objeto de reproche no incurrió en ninguna vía de hecho que haga procedente el estudio de fondo del escrito de amparo, más aún, teniendo presente que la providencia alegada como desatendida fue la aplicada por el Tribunal para acceder a las pretensiones de la demanda.



### 1.7. Fallo impugnado

La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante sentencia de 22 de marzo de 2018<sup>2</sup>, negó la acción de tutela de la referencia. Al efecto argumentó:

“3.6. Así las cosas, no es cierto, como lo afirma y pretende hacer ver el accionante, que el Tribunal desconoció el precedente del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, por no haberlo aplicado íntegramente. Por el contrario, hizo una correcta e íntegra aplicación del mismo; situación distinta es que haya concluido, siguiendo lineamientos del mismo Consejo de Estado, que los factores que reclama el actor, al ser factores salariales extralegales, no había lugar a incluirlos al momento de realizar la reliquidación de su pensión de jubilación.

Posición que se acompasa con lo que de tiempo atrás ha dicho la Sección Segunda del Consejo de Estado. En sentencia del 13 de agosto de 2014, en la que se resolvió un caso donde se demandó al FONCEP reclamando que en aplicación del fallo de unificación se tuvieran en cuenta unos factores salariales, que se estableció habían sido reconocidos extralegalmente”.

Con fundamento en lo expuesto el *a quo* de tutela consideró que en el *sub examine* no se desconocieron las garantías fundamentales de la parte tutelante.

### 1.8. Impugnación

En desacuerdo con lo decidido por el juez constitucional de primera instancia la parte actora, dentro de la oportunidad legal, presentó recurso de impugnación<sup>3</sup>.

Argumentó que a la luz del Convenio de la OIT el término salario significa “*la remuneración o ganancia sea cual sea su denominación o método de cálculo siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo...*”.

Expuso que esta Corporación ha indicado que el salario es toda remuneración ordinaria, habitual y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio.

---

<sup>2</sup> Folios 83 y siguientes

<sup>3</sup> Folio 95 y siguientes



Luego citó en extenso diferentes pronunciamientos proferidos por el máximo órgano constitucional en los cuales se ha referido a la noción de salario.

Alegó que en la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda de esta Corporación, en relación con los factores salariales que integran el ingreso base de liquidación establecidos en las leyes 33 y 62 de 1985 se expuso que *“no debe interpretarse de forma taxativa, sino meramente enunciativa porque se vulnera el principio de progresividad, de igualdad y de primacía de la realidad sobre las formalidades.”*, con fundamento en lo anterior manifestó que le asiste el derecho de que se incluyan todas las prestaciones recibidas durante el último año de servicios para efectos de reliquidar su pensión de vejez.

Por último, concluyó que la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han entendido de manera amplia la noción de salario, tanto para establecer el ingreso base de cotización como para fijar el ingreso base de liquidación para el reconocimiento de pensiones.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada por la parte accionante, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991<sup>4</sup>, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1983 de 2017<sup>5</sup> y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003<sup>6</sup> de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción constitucional, el fallo de tutela de primera instancia y los argumentos y consideraciones expuestos en la impugnación, corresponde a la Sala determinar si la decisión recurrida debe confirmarse, modificarse o revocarse, para lo

<sup>4</sup> “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

<sup>5</sup> “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

<sup>6</sup> “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”.



cual se analizará si con ocasión de la providencia del 27 de abril de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en el defecto señalado.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** el fondo del reclamo.

### **3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012<sup>7</sup>, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>8</sup>, y en ella concluyó:

“...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”<sup>9</sup> (Negrilla fuera de texto).

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **“...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”**.

<sup>7</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

<sup>8</sup> El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>9</sup> Ídem.





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

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>10</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez, cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

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

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

#### 4. Caso bajo estudio

Previo a resolver el asunto bajo análisis, advierte la Sala que en el *sub examine* no se discute si es procedente aplicar el criterio del Consejo de Estado o el de la Corte Constitucional en relación con el

---

<sup>10</sup> Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



ingreso base de liquidación (IBL) para efectos de la reliquidación de la pensión del accionante.

Lo que se cuestiona es si el Tribunal accionado desconoció la sentencia de unificación 4 de agosto de 2010, como lo expone el actor, toda vez que ordenó reliquidar su pensión excluyendo “*factores salariales*” que en su criterio debieron ser incluidos puesto que fueron percibidos en el último año de servicio.

Aclarado lo anterior, el problema jurídico que subyace a la demanda de tutela se centra en establecer si, a las voces de lo expuesto en la sentencia de unificación citada en precedencia, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la prima de servicios, auxilio de transporte, auxilio de alimentación y quinquenio, devengados durante el último año de servicio por el actor, debían o no ser tenidos como factor salarial por el Tribunal Administrativo para efectos de reliquidar la pensión de vejez del señor Herrera Urrego.

Ahora bien, las circunstancias fácticas y jurídicas que rodearon el asunto que dio origen a la sentencia de 4 de agosto de 2010, se encuentran caracterizadas por el pedimento de reliquidación pensional elevado por el demandante de aquel proceso, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, ante la negativa de la Aeronáutica Civil, por lo que el cuestionamiento abordado en esa providencia guarda relación con el de la sentencia reprochada.

La Sección Segunda sostuvo que, en lo que concierne a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez, a la luz de la Ley 33 de 1985, (como es el caso del actor) las posiciones de las subsecciones que la conforman habían sido “*oscilantes*”, situación que expuso en los siguientes términos:

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



finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.”

Lo anterior permite afirmar que, con anterioridad a la sentencia de unificación comentada, existían 3 tipos de tesis al interior de la Sección Segunda respecto de los factores salariales que debían servir como base para liquidar la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

En primer lugar, una posición “inclusiva” según la cual la base liquidacional estaba conformada por todos los factores que constituían salario –sumas habituales, periódicas, percibidas como retribución del servicio prestado–, devengados por los empleados públicos, *“a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la Ley.”*<sup>11</sup>

En segundo lugar, una tesis que, en consonancia con la literalidad del artículo 1º de la referida Ley 33 de 1985, sostuvo que el nicho de liquidación podía estar, exclusivamente, conformado por los factores salariales sobre los que se habían realizado aportes y así se encontrare certificado.

Por último, la posición más restrictiva de todas, a partir de la cual se consideró que el listado de factores salariales contenido en el artículo 3 *ejusdem*<sup>12</sup>, era taxativo, por lo que no podían incluirse conceptos que no estuvieran plasmados allí.

Esta multiplicidad de interpretaciones motivó a la Sección Segunda del Consejo de Estado a unificar su jurisprudencia en la materia, con

<sup>11</sup> El aparte es reproducido en la sentencia de unificación, el cual fue extraído de las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.

<sup>12</sup> “ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. **Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Negrilla fuera de texto)



el propósito de procurar igualdad material, dar prevalencia a la realidad sobre las meras formalidades en lo laboral y aplicar en debida forma el principio de favorabilidad en este campo del derecho. En este orden, señaló que:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo (...) 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.”

De los trascritos en precedencia se colige que la Sección Segunda se decantó por la primera de las tesis, que negaba cualquier carácter taxativo al listado del artículo 3º, pues la base de liquidación podía estar constituida por conceptos ajenos a ella, que habían sido efectivamente devengados por el trabajador durante el último año de servicio, *“deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.”*

Posteriormente, la Sala Especializada en asuntos laborales administrativos del Consejo de Estado fundó su escogencia en los siguientes argumentos que esta Judicatura sintetiza así:

- a. Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación: esta prestación social no constituye una dádiva súbita ofrecida por el Estado, pues corresponde al ahorro obligatorio que durante su vida laboral realiza el empleado, con lo que precave las disminuciones que el tiempo acarrearán sobre la capacidad de trabajo.
- b. Principio de progresividad: Directriz que orienta la actividad estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la cual exige adoptar las medidas necesarias para la materialización de éstos con el objetivo de lograr, de manera paulatina, su plena efectividad.
- c. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades: referente axiológico que guía la actividad hermenéutica de la normatividad laboral, pues *“aplicar[la] sin tener en cuenta las*



*condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, (...) conduciría a desconocer aspectos relevantes que determina la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.”*

Bajo este panorama, resulta preciso citar los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo accionado en la sentencia enjuiciada, al respecto expuso:

“En segundo lugar, se observa que el demandante en el último año de servicio, además de las prestaciones arriba señaladas, devengó (i) la prima de antigüedad, y (ii) la prima de servicios que corresponden a factores extralegales, creados por los Acuerdos 6 de 1986 y 14 de 1977 expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá respectivamente. Luego, en principio tales factores deberían excluirse de la liquidación como quiera que de acuerdo con la Reforma Constitucional introducida con el Acto Legislativo 01 de 1968 únicamente el legislador se encontraba facultado para fijar las escalas de remuneración y en esa medida, no resultaba procedente aplicar factores regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal

Así mismo ocurre con el (iv) el auxilio de alimentación y el (v) auxilio de transporte que tienen su origen en el Acta Convenio de 1992 suscrita entre el sindicato de empleados distritales de Bogotá y la administración pública distrital, pues conforme lo sostuvo el H. Consejo de Estado en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, dichas actas no producen efectos jurídicos por ser contrarias al ordenamiento jurídico y por lo tanto, los factores salariales y prestacionales que contemplan no se pueden aplicar a los empleados del Distrito Capital.

Sobre el particular discurrió el Consejo de Estado: (...)

No obstante lo anterior, se advierte que la Resolución No. 3216 del 16 de diciembre de 2003 (fls.3-6) liquidó la pensión con uno de ellos, esto es, i) la prima de antigüedad en la medida que la administración indicó que el IBL lo determinó teniendo en cuenta la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, esto es, Decreto Reglamentario 1158 de 1994 y recuérdese, que en artículo 1 numerales 4 y 7 ibídem, la norma registró esos conceptos. Adicionalmente, la parte demandante no desvirtuó que la prima de antigüedad haya sido tenida en cuenta en la liquidación de la pensión como lo adujo el FONCEP en el acto demandado. Por lo expuesto, la Sala no ordenará su inclusión y modificará lo pertinente de la sentencia de primera instancia.



Distinta suerte corre la prima de servicios, la cual constituye un factor extralegal reconocido mediante el Acuerdo 25 de 1990 por el Concejo Distrital de Bogotá que no fue tomada en cuenta por la Administración. Luego, en atención su origen, la Sala en sede judicial tampoco ordenará su inclusión.

(...)

Ahora bien, capítulo aparte merece el denominado quinquenio como quiera que conforme lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 44 de 1961 – acuerdo del Concejo de Bogotá que le dio origen– tal emolumento tiene el carácter de prestación social y en esa medida, al no tener correspondencia alguna con las prestaciones sociales del orden nacional, no resulta pertinente su inclusión”.

Con fundamento en lo anterior concluyó la autoridad judicial accionada que las prestaciones reclamadas no tenían carácter de factor salarial, por ende no había lugar a incluirlas en la reliquidación de la pensión del tutelante atendiendo la naturaleza jurídica de las mismas, toda vez que estas fueron creadas por acuerdos extralegales.

De conformidad con lo anterior, a juicio de la Sala, no resulta procedente conceder el amparo solicitado y se deberá confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto la providencia enjuiciada se encuentra enmarcada dentro de una interpretación razonable que efectuó el juez natural del asunto de la sentencia de unificación alegada como desatendida, toda vez que en casos como el puesto a su consideración, se ha dicho que las entidades del nivel territorial no pueden crear factores salariales y prestaciones que no se encuentren establecidos en la ley<sup>13</sup>.

Así las cosas el presunto defecto por desconocimiento de precedente de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la sección segunda de esta Corporación no está llamado a prosperar.

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,

---

<sup>13</sup> Sentencia de 13 de febrero de 2014 proferida por la Sección Segunda, Subsección A. Radicado No. 25000-23-25-000-2011-01355-01



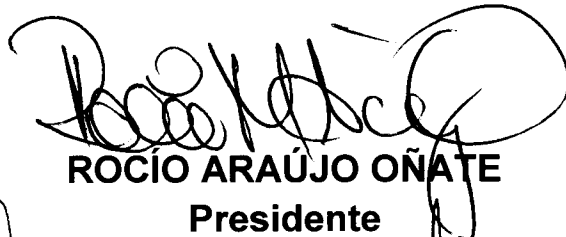
**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 22 de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que **negó** la acción de tutela de la referencia.

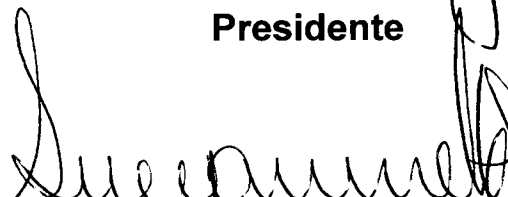
**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

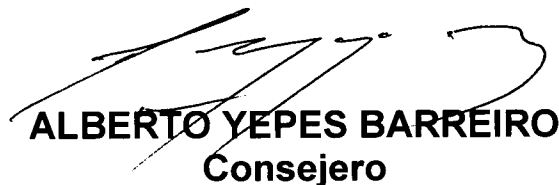


**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero  
(Ausente con permiso)



**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

