



Radicado: 11001-03-15-000-2020-02763-00
Demandante: Hugo Hernán Guevara Pérez

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

MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2020-02763-00
Demandante: HUGO HERNÁN GUEVARA PÉREZ
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA – SALA CUARTA DE DECISIÓN

Temas: Tutela contra providencia judicial – defecto sustantivo y por desconocimiento del precedente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. Con escrito enviado por correo electrónico el 18 de junio de 2020¹, al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado², el señor Hugo Hernán Guevara Pérez, actuando a través de apoderado, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia, “*derechos adquiridos*” y “*vejez en condiciones de dignidad*”.

2. El accionante consideró vulneradas las referidas garantías constitucionales con ocasión de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión el 13 de diciembre de 2019, mediante la cual se confirmó el fallo dictado por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira el 14 de agosto de 2019, a través del cual se negaron las pretensiones de la demanda que presentó el señor Hugo Hernán Guevara Pérez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. Con base en lo anterior, la parte actora solicitó el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, pidió:

¹ Folio 1 del expediente digital de tutela.

² La acción de tutela fue enviada al buzón web secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co





“1. Se deje sin valor y efecto jurídico la decisión adoptada por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda en sentencia del 13 de diciembre de 2019, mediante la cual se confirma la sentencia del 14 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira respecto de la negativa de la limitación de los aportes en salud en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 66001333300720170023100 seguido por el accionante contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. Se ordene al Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda emitir providencia de reemplazo, teniendo en cuenta que el accionante en condición de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad a 1989, se encuentra expresamente excluido de la Ley 100 de 1993 por así disponerlo en forma expresa el inciso segundo de su artículo 279; para que se declare que el accionante solo debe contribuir con el 5% de las mesadas ordinarias como aporte para el sistema especial de salud, sin incluir las mesadas adicionales de junio y diciembre; así como para que se reajuste anualmente la pensión con fundamento en el salario mínimo.

3. Ruego se adopten las medidas o correctivos que se estimen procedentes o necesarios para garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales del accionante y el cese en su vulneración”³.

1.2. Hechos probados y/o admitidos

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

4. El señor Hugo Hernán Guevara Pérez prestó sus servicios en el sector educativo en el municipio de Pereira, por lo que se le reconoció pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución N° 1086 del 5 de diciembre de 2006, con una mesada pensional de \$1.968.200 efectiva a partir del 22 de octubre de 2005, con base en el 75% del salario promedio devengado en el último año a adquirir el estatus de pensionado.

5. Posteriormente, a través de la Resolución N° 368 del 14 de octubre de 2015 se ajustó su pensión de jubilación en atención a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 18 de julio de 2013, con los factores salariales devengados el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

6. El demandante se retiró del servicio el 12 de enero de 2016, situación que consta en el Decreto 955 del 21 de diciembre de 2015.

7. A través de petición del 3 de marzo de 2016 solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con los factores salariales devengados el año anterior al retiro del servicio, la reducción del aporte para el sistema especial de salud del 12% al 5% con

³ Folios 20 y 21 del expediente digital de tutela.

exoneración de las mesadas adicionales y la devolución del mayor valor retenido; la cual fue negada mediante Resolución No. 2152 del 7 de junio de 2016.

8. Por lo anterior, interpuso recurso de reposición el 28 de junio de 2016, frente al cual operó el silencio administrativo negativo.

9. En vista de lo expuesto, el señor Hugo Hernán Guevara Pérez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demandó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con el fin de que se declarara: i) la nulidad de los actos administrativos que negaron su reliquidación pensional y ii) *“que el demandante solo debe contribuir al 5% de las mesadas ordinarias como aporte para el sistema especial de salud, sin incluir las mesadas adicionales de junio y diciembre, y condenar al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a restituir el mayor valor descontado sobre las mesadas ordinarias y la totalidad de las mesadas adicionales de junio y diciembre desde el 22 de octubre de 2005.”*

10. El proceso correspondió al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira, autoridad judicial que, mediante providencia del 14 de agosto de 2019 negó las pretensiones de la demanda al considerar que al docente no le asistía el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales⁴, así como lo referente al aporte para el sistema de salud.⁵

11. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019 confirmó la decisión del *a quo*, salvo el numeral 2º, el cual revocó para en su lugar disponer: *“Sin lugar a condena en costas en el trámite de la primera instancia.”*

12. Como fundamento de su decisión estimó que:

i) Al docente no le asistía el derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados durante el año anterior al retiro del servicio pues, por una parte, no se encontraba probado que frente a aquellos se hubiesen realizado las respectivas cotizaciones y, por otra, no eran de los enlistados en el artículo 1º de la

⁴ Lo anterior, bajo la base de considerar que *“bajo las reglas jurisprudenciales plasmadas en Sentencia de Unificación SUJ-014 - CE - S2 - 2019 del 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se determinó que la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria que los servidores públicos del orden nacional previsto en la ley 33 de 1985, por lo que solo sobre los factores que se hayan efectuado aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, son los que pueden ser incluidos en la determinación del ingreso base de liquidación.”*

⁵ Frente al punto estimó que, resultaba legal descontarle *“según la disposición normativa que los regula de sus mesadas pensionales ordinarias y adicionales para la prestación de servicios médico-asistencial.”*



Ley 62 de 1985 modificatoria del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Advirtió que dicho análisis iba en consonancia con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

ii) Por otro lado, indicó que dado el régimen especial que se aplica a los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo descuento para aporte al sistema de seguridad social en salud se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo era aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado, incluidas las denominadas mesadas adicionales, *“ante lo cual no le asiste razón al actor en su pretensión de devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como tampoco respecto de las mesadas ordinarias en razón a la claridad que existe en el porcentaje aplicado, menos aún bajo la aplicación de un régimen general de prima media del cual no es destinatario.”*

13. La referida sentencia fue notificada mediante correo electrónico enviado el 13 de diciembre de 2019, tal y como consta en el expediente electrónico.

1.3. Fundamentos de la vulneración

14. La parte actora consideró vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia con ocasión de la sentencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión, mediante la cual se confirmó parcialmente la decisión de *a quo*, que negó las pretensiones de la demanda al considerar que al docente no le asistía el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales, así como lo referente al aporte para el sistema de salud. Lo anterior, porque a su juicio, se configuraron siguientes yerros:

15. Defecto sustantivo: Manifestó que, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, no se les puede aplicar la Ley 100 de 1993, en cuanto fija como aportes para el sistema el 12% de la mesada pensional, por lo que su aporte debe limitarse al determinado por la normativa anterior, que en este caso corresponde al Decreto 3135 de 1968.

16. Manifestó que resultaba *“contradictorio el argumento empleado en la sentencia de primera instancia, según el cual, sirve como fundamento para excusar o justificar, el injustificado descuento para efectos del aporte en salud de los docentes, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, el artículo 5o, numeral 2o de la Ley 91 de 1989; pero para efectos de su limitación al 5% no se aplique dicha normativa y en dicho caso se acuda a la Ley 100 de 1993 para determinar que corresponde a un 12%; en este caso, queremos resaltar, se crea una tercera norma vía interpretación jurisdiccional, en donde se escoge selectivamente cuales apartes de la misma son aplicables para afectar al demandante y cuáles no, lo que de por sí genera una contradicción hermenéutica o razonamiento lógico*

erróneo que hace insostenible la conclusión o tesis que fundamenta la negación del derecho.”

17. Desconocimiento del precedente: Indicó que se omitió la aplicación de los siguientes fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado los cuales, a su juicio, permitían acceder a las pretensiones de la demanda ordinaria.

- “La sentencia del 1o de marzo de 2018 proferida por el honorable Consejo de Estado -Sección Quinta- con ponencia de la doctora Consuelo (sic) Araújo Oñate, radicación 11001-03-15-000-2018-00119-00.

- La sentencia del 31 de octubre de 2019 en acción de tutela promovida por el señor Jesús Antonio Rave contra el honorable Tribunal Administrativo de Caldas la Sección Quinta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales del accionante.”

1.4. Trámite de la acción de tutela

18. Mediante auto del 25 de junio 2020, se admitió la demanda de tutela y se dispuso su notificación tanto a la parte accionante como a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión. Así mismo, se ordenó vincular en calidad de terceros con interés al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira y a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

19. Por último, se solicitó a las autoridades de primera y segunda instancia que allegaran copia digital íntegra del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N° 66001-33-33-007-2017-00231-00.

1.5. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas de manera electrónica, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.5.1. Tribunal Administrativo de Risaralda

20. El magistrado ponente de la decisión enjuiciada mediante escrito enviado el 2 de julio de 2020, solicitó negar las pretensiones de la demanda pues no se configuró ninguno de los yerros alegados y, por el contrario, sostuvo que lo resuelto obedeció a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado.



1.5.2. Ministerio de Educación Nacional

21. El jefe de la oficina jurídica de la entidad mediante escrito enviado el 2 de julio de 2020, solicitó su desvinculación del presente trámite toda vez que no ha transgredido ningún derecho fundamental.

1.5.3. La Fiduprevisora

22. Mediante escrito enviado el 7 de julio de 2020, la referida entidad, la cual actúa en calidad de vocera y administradora de patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó su desvinculación del presente trámite por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

23. Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela ejercida por Hugo Hernán Guevara Pérez, en contra del Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 y 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Cuestión previa

24. El Gobierno nacional, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994, mediante el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por razón de la declaratoria de la pandemia existente a nivel mundial relacionada con la propagación a gran escala del COVID-19. Ello trajo como consecuencia, que la misma autoridad ordenara el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas y dictara otras disposiciones⁶.

25. En ese contexto, el Gobierno nacional, a través del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, dispuso en su artículo 1° que se implementara el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, con el objeto de agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de

⁶ El Gobierno Nacional expidió el Decreto legislativo No. 457 del 22 de marzo de 2020, a través del cual impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus COVID-19. Entre las decisiones adoptadas, se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes del país.

las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, durante el término de vigencia del decreto⁷.

26. Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura, profirió varios Acuerdos⁸ mediante los cuales se ordenó la suspensión de los términos judiciales y se decretaron medidas transitorias para preservar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, exceptuando el trámite, decisión y notificación de la acción de tutela y los *habeas corpus*. Sin embargo, el Acuerdo PCSJA20-11567⁹ proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, dispuso en su artículo 1° que a partir del 1° de julio de 2020, levantar la suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país, razón por la cual, el Consejo de Estado, tramitará todas las acciones que le sean presentadas.

2.3. Solicitud de desvinculación

27. La Fiduprevisora y el Ministerio de Educación Nacional solicitaron su desvinculación del presente trámite de tutela al considerar que carecen de legitimación en la causa por pasiva y que no han vulnerado derecho fundamental alguno.

28. Sin embargo, la Sala considera que no son procedentes las solicitudes toda vez que fungieron como parte pasiva del proceso ordinario dentro del cual se originó la providencia cuestionada, así que su vinculación resultaba necesaria para que pudieran ejercer su derecho de defensa y exponer los argumentos que consideraren pertinentes, razón por lo cual se negará la petición.

2.4. Problema jurídico

29. Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Se superan en el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial?

30. De ser positiva la respuesta al interrogante anterior, la Sala analizará lo siguiente:

- ¿Vulneró el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia por presuntamente incurrir en desconocimiento del precedente y defecto sustantivo al proferir la providencia del 13 de diciembre

⁷ El decreto legislativo rige a partir de su publicación y estará vigente durante los dos (2) años siguientes a partir de su expedición.

⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdos: i) PCSJA20-11517 del 15.3.2020; ii) PCSJA20-11518 del 16.3.2020; iii) PCSJA20-11526 del 22.3.2020; iv) PCSJA20-11532 del 11.4.2020; v) PCSJA20-11546 del 25.4.2020; vi) PCSJA20-11549 del 7.5.2020; vii) PCSJA20-11556 del 22.5.2020 y; viii) PCSJA20-11567 del 5.6.2020.

⁹ “Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor”

de 2019, por medio de la cual se confirmó la decisión del 14 de agosto 2019, que negó las pretensiones de la demanda al considerar que al docente no le asistía el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales, así como lo referente a la disminución del aporte para el sistema de salud?

31. Para resolver los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** de los requisitos de procedibilidad adjetiva; **(iii)** generalidades de los defectos alegados y; **(iv)** análisis del caso concreto.

2.5. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

32. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁰ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹¹ y declaró su **procedencia**.¹²

33. Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez; *iii)* 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. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

34. 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.

35. 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. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 31.07.12., M.P. María Elizabeth García González, Rad. 11001-03-15-000-2009-01328-01.

¹¹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹² Se dijo en la mencionada sentencia “*DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.*”

2.6. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.6.1. Relevancia constitucional¹³

36. Para la Sala es necesario precisar que, este requisito se encuentra superado por cuanto, en primer lugar, la parte actora cuestiona la razonabilidad de la providencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión, pues en su sentir, incurrió en los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente.

37. En segundo lugar, se observa que no se trata de un debate de orden exclusivamente legal, el cual basado en la tutela judicial efectiva no admite que el titular del derecho o el interesado legítimo quede en un estado de indefensión, pues en efecto, la parte actora considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, de igualdad y de acceso a la administración de justicia por cuanto la autoridad judicial accionada, al confirmar la providencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, aplicó unas normas que no regían su situación concreta y desconoció unas sentencias de tutela proferidas por el Consejo de Estado, que a su juicio, permitían acceder a las pretensiones de la demanda.

38. En ese sentido, los argumentos que, en sentir de la parte tutelante, son irrazonables y contrarios al ordenamiento jurídico, a su parecer, fueron analizados erróneamente por la autoridad judicial accionada, desconociendo el alcance y aplicación de su derecho fundamental al debido proceso y omitiendo el deber del juez ordinario de actuar tanto como juez de legalidad, como de constitucionalidad y de convencionalidad en la causa ordinaria.

39. Así las cosas, es evidente la tensión alegada por el accionante entre la razonabilidad de la decisión, al desconocer unas sentencias de tutela e interpretar erróneamente la norma en que debería fundarse, que podrían vulnerar su derecho fundamental al debido proceso.

40. Luego, es de relevancia constitucional cuando subsiste violación o amenaza al derecho fundamental, después de haber agotado el procedimiento legal administrativo o judicial establecido por la ley para su protección, lo que implica que el mecanismo constitucional no fue utilizado como una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.

41. Ello quiere significar que el asunto de la acción de tutela de la referencia tiene importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, para su

¹³ Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate, Sentencia 27.02.20., Rad. 11001-03-15-000-2020-00004-00; Sentencia 20.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05258-00; Sentencia 20.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05291-00; Sentencia 13.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-00137-00; Sentencia 13.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05354-00; Sentencia 06.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05153-00; Sentencia 30.01.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05121-00; Sentencia 30.01.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05167-00; Sentencia 23.10.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-04664-00; Sentencia 23.01.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-04833-00.

eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente el acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

2.6.2. Tutela contra tutela¹⁴

42. La Sala observa frente al mencionado aspecto, que **no se trata de una tutela contra una decisión de la misma naturaleza**, pues la providencia cuestionada fue proferida en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N° 66001-33-33-007-2017-00231-00, instaurado por el actor contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.6.3. Inmediatez¹⁵

43. En relación con el acatamiento del referido requisito, no se advierte ningún reproche, en vista que la providencia enjuiciada fue proferida el 13 de diciembre de 2019, notificada mediante correo electrónico enviado el mismo día, habiendo cobrado ejecutoria el 18 de diciembre de 2019.

44. En tal sentido, desde el día hábil siguiente a la ejecutoria (19 de diciembre de 2019), hasta la fecha de la presentación de la solicitud de amparo (18 de junio de 2020), transcurrió un poco menos de 6 meses, término que la Sala considera razonable para el ejercicio de la acción de tutela contra providencia judicial.

45. Lo anterior, a la luz de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹⁶, en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adoptó

¹⁴ Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 27.02.20., M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-15-000-2020-00014-00; Sentencia 27.02.20., M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000-2020-00400-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000-2020-00092-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-15-000-2020-00179-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000-2020-00141-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2019-04788-01; Sentencia 13.02.20., M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2020-00137-00; Sentencia 13.02.20., M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2020-00037-00; Sentencia 06.02.20, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2019-05346-00; Sentencia 06.02.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-15-000-2019-05202-00.

¹⁵ Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 27.02.20., M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-15-000-2020-00014-00; Sentencia 27.02.20., M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000-2020-00400-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000-2020-00092-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-15-000-2020-00179-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000-2020-00141-00; Sentencia 20.02.20., M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2019-04788-01; Sentencia 13.02.20., M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2020-00137-00; Sentencia 13.02.20., M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2020-00037-00; Sentencia 06.02.20, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2019-05346-00; Sentencia 06.02.20, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-15-000-2019-05202-00.

los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹⁷, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que seis (6) meses es el término razonable para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

2.6.4. Subsidiariedad¹⁸

46. En consideración a dicho requisito, por tratarse de una providencia que resolvió en segunda instancia la demanda que se instauró en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios.

47. Asimismo, no proceden los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia, comoquiera que la inconformidad señalada por la parte actora no se adecúa a las causales establecidas en los artículos 250 y 257 de la Ley 1437 de 2011. Así pues, superado el cumplimiento de los requisitos adjetivos, respecto de los mencionados cargos, esta Sala entrará a estudiar el caso concreto.

2.7. Generalidades de los defectos alegados

2.7.1. Defecto sustantivo¹⁹

48. La Corte Constitucional²⁰, ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Rad: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. M. P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁷ c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

¹⁸ Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate, Sentencia 23.01.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-04664-00; Sentencia 23.01.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-04833-00; Sentencia 30.01.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05121-00; Sentencia 30.01.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05121-00; Sentencia 30.01.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-03890-01; Sentencia 06.02.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-05025-00; Sentencia 06.02.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-05153-00; Sentencia 13.02.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-04693-01; Sentencia 13.02.20., Rad. 11001-03-15-000-2020-00137-00; y Sentencia 20.02.20., Rad. 11001-03-15-000-2019-04788-01.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia 23.01.20, Rad: 11001-03-15-000-2019-04664-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 30.01.20, Rad: 11001-03-15-000-2019-04374-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 13.02.20; sentencia del 13.02.20, Rad: 11001-03-15-000-2020-00137-00, M.P. Rocío Araújo Oñate.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-195, 12.03.12, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

*mínimos de la razonabilidad jurídica*²¹.

49. Puntualmente, el defecto sustantivo lo configuran los siguientes supuestos:

50. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente²² o porque ha sido derogada²³, es inexistente²⁴, inexecutable²⁵ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador²⁶.

a) No se hace una interpretación razonable de la norma²⁷.

b) La disposición aplicada es regresiva²⁸ o contraria a la Constitución²⁹.

c) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición³⁰.

d) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma³¹.

e) Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

51. Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

21 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU.159, 06.03.02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-043, 27.01.05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-295, 31.03.05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-657, 10.08.06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-686, 31.08.07, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-743, 24.07.06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia T-033, 01.02.10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T-792, 01.10.10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-189, 03.03.05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-205, 04.03.04, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-800, 22.09.06, M.P. Jaime Araújo Rentería.

25 Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 Corte Constitucional, Sentencia SU-159, 06.03.02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 Corte Constitucional, Sentencias T-051, 30.01.09, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101, 28.10.2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-018, 22.01.08, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-086, 08.02.07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Corte Constitucional, Sentencia T-231, 13.04.94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

31 Corte Constitucional, Sentencia T-807, 26.08.04, M.P. Clara Inés Vargas

2.7.2. Desconocimiento del precedente³²

52. La Sala precisa que el precedente es aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que aquella sea considerada como precedente. También se considera que constituyen precedente las sentencias de constitucionalidad y las de unificación, expedidas tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado.

53. Sin embargo, resulta necesario advertir que *“...debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez”*³³.

2.8. Caso concreto

54. Pues bien, se tiene que la parte accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia con ocasión de la providencia del 13 de diciembre 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión, mediante la cual se confirmó la decisión del *a quo*, que negó las pretensiones de la demanda. Es así, como invocó la configuración de los defectos por desconocimiento del precedente y sustantivo.

Defecto sustantivo

55. La parte actora manifestó que se configuró el referido yerro toda vez que al ser un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, no se le puede aplicar la Ley 100 de 1993, en cuanto fija como aportes para el sistema el 12% de la mesada pensional, por lo que su aporte debe limitarse al determinado por la normativa anterior, que en este caso corresponde al Decreto 3135 de 1968.³⁴

³² Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate, Sentencia 23.01.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-04833-00; Sentencia 20.01.20, Rad.11001-03-15-000-2019-04374-01; Sentencia 6.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-05153-00; Sentencia 13.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-04693-01; Sentencia 20.02.20, Rad. 11001-03-15-000-2019-04788-01; M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia 19.02.15.

³³ Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia 19.02.15, Rad.11001-03-15-000-2013-02690-01.

³⁴ Por otro lado, manifestó que resultaba *“contradictorio el argumento empleado en la sentencia de primera instancia, según el cual, sirve como fundamento para excusar o justificar, el injustificado descuento para efectos del aporte en salud de los docentes, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, el artículo 5o, numeral 2o de la Ley 91 de 1989; pero para efectos de su limitación al 5% no se aplique dicha normativa y en dicho caso se acuda a la Ley 100 de 1993 para determinar que corresponde a un 12%; en este caso, queremos resaltar, se crea una tercera norma vía interpretación jurisdiccional, en donde se escoge selectivamente cuales apartes de la misma son aplicables para afectar a la demandante y cuáles no, lo que de por sí genera una contradicción hermenéutica o*

56. Revisada la decisión judicial cuestionada, se advierte que el Tribunal señaló que el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1968, por medio del cual se reglamentó el primero, señalaban que los docentes que estuvieran afiliados al FOMAG cotizaban el 5% de cada una de sus mesadas pensionales con destino a salud.

57. Con posterioridad, manifestó que el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 fue modificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2002, en lo que hace referencia a la tasa de cotización, que pasó de ser el 5% al 12%. Puso de presente que el aumento en la tasa de cotización fue considerable, lo que pudo traer varios inconvenientes, pues los artículos 8º y 5º de la mencionada Ley 91 de 1989 establecía la obligación, para los docentes, de descontar aún sobre las mesadas adicionales.

58. Paso seguido, explicó que según lo reglado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 las personas afiliadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas del régimen de seguridad social en salud contemplado en dicha normativa, y, por ende, poseen un régimen especial.

59. Igualmente, advirtió que, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, *“sin que esta disposición pueda ser interpretada como una inclusión de la categoría de docentes pensionados en el régimen general de pensiones.”*

60. Con base en lo anterior analizó el caso concreto y concluyó que:

“dado el régimen especial que se aplica a los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo descuento para aporte al sistema de seguridad social en salud se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado, incluidas las denominadas mesadas adicionales, ante lo cual no le asiste razón a la actora en su pretensión de devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como tampoco respecto de las mesadas ordinarias, en razón a la claridad que existe en el porcentaje aplicado, menos aún bajo la aplicación de un régimen general de prima media del cual no es destinatario.”

61. De lo anterior, la Sala resalta que el Tribunal accionado realizó un estudio juicioso de las normas aplicables al caso, del cual concluyó que la disposición que regía el tema de descuentos para los pensionados por el FOMAG era la Ley 91 de 1989 la cual autorizaba a que aquellos se hicieran incluso sobre las mesadas adicionales. También explicó, por qué la excepción contemplada en el Decreto 1073

razonamiento lógico erróneo que hace insostenible la conclusión o tesis que fundamenta la negación del derecho.”

de 2002 no podía aplicarse a los pensionados del fondo, razón por la que la devolución solicitada no era posible.

62. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala colige que la acción de tutela no está llamada a prosperar, ya que la sentencia cuestionada, si bien es desfavorable a los intereses de la accionante, obedece a un criterio de interpretación racional por parte del juez de instancia sobre los hechos y fundamentos jurídicos, el cual es consecuencia directa de la autonomía judicial consagrada en el artículo 228 Superior³⁵.

63. En el mismo sentido, la Sala advierte que, contrario a lo asegurado por el señor Guevara Pérez, la autoridad judicial accionada no realizó una interpretación inconstitucional, absurda, caprichosa o irracional de la aplicación del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, modificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2002, pues de la misma coligió que el monto de cotización en salud de los pensionados del FOMAG había sido equiparado al contemplado en la Ley 100 de 1993.

64. Por otro lado, advirtió que, si bien mediante el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968 se reglamentó que los docentes que estuvieran afiliados al FOMAG cotizaban el 5% de cada una de sus mesadas pensionales con destino a salud, la norma aplicable al actor era el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, modificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2002, que aumentó la tasa de cotización del 5% al 12%.

65. Para la Sala, que la conclusión a la que arribó el juez ordinario no sea compartida por la parte actora por ser contraria a sus intereses no evidencia, *per se*, que aquella sea contraria a la Carta Política o que configure defecto alguno, pues es claro que además de presentar una diferencia de criterio con lo expuesto por el tribunal accionado, lo que se pretende en el fondo es reabrir un debate de instancia.

66. Frente al punto, esta Colegiatura advierte que el tema respecto al reintegro de descuentos con destino a la salud efectuados a las mesadas pensionales adicionales de los docentes ya ha sido objeto de pronunciamiento en salas pasadas en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.³⁶

³⁵ Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 17.07.14. M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-15-000-2013-02554-01.

³⁶ Al respecto consultar: Consejo de Estado – Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate, Sentencia 30.03.17, Rad. 11001-03-15-000-2017-00484-00; sentencia 11001-03-15-000-2017-01301-01; sentencia del 22.02.18, Rad. 11001-03-15-000-2017-01417-01M.P. Alberto Yepes Barreiro; sentencia del 15.02.18, Rad. 11001-03-15-000-2017-02505-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 13.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-00031-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Defecto por desconocimiento del precedente

67. Manifestó la parte actora que se incurrió en desconocimiento del precedente para lo cual trajo a colación las siguientes sentencias, las cuales, a su juicio, permitían acceder a las pretensiones de su demanda.

- *“La sentencia del 1º de marzo de 2018 proferida por el honorable Consejo de Estado -Sección Quinta- con ponencia de la doctora Consuelo (sic) Araújo Oñate, radicación 11001-03-15-000-2018-00119-00.”³⁷*

- *La sentencia del 31 de octubre de 2019 en acción de tutela promovida por el señor Jesús Antonio Rave contra el honorable Tribunal Administrativo de Caldas la Sección Quinta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales del accionante.”³⁸*

68. No obstante, la Sala advierte que no abordará el análisis de los fallos invocados comoquiera que las decisiones proferidas en sede de tutela, incluso por el Consejo de Estado, no constituyen precedente, en tanto no son dictadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional como órgano de cierre de esa jurisdicción, de manera que sólo son criterios auxiliares. En tal sentido, el precedente se encuentra, por tanto, en sentencias de unificación proferidas por las Altas Cortes, aquellas que aborden el estudio de constitucionalidad de una norma (C) o las que sean proferidas por el órgano de cierre en determinada materia.

2.9. Conclusión

69. El Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Cuarta de Decisión, al proferir la providencia del 13 de diciembre de 2019, no incurrió en los defectos sustantivo ni en desconocimiento del precedente; en consecuencia, no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de

³⁷ Se advierte que el actor no adjuntó la providencia que considera desconocida y una vez se buscó en la página del Consejo de Estado, la misma no se encuentra adjunta.

³⁸ Se advierte que en la referida providencia el accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales al considerar que el Tribunal Administrativo de Caldas incurrió en un defecto sustantivo, al negar las pretensiones de la demanda, dirigidas a la obtención de la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que había devengado durante el año anterior a su retiro del servicio, a saber, la **bonificación mensual**. La Sección Quinta en virtud del principio de favorabilidad laboral y teniendo en cuenta la interpretación sistemática que rige la situación pensional de los docentes, consideró que se debía amparar el derecho fundamental del actor al debido proceso y ordenó al Tribunal accionado analizar debidamente la aplicabilidad de las disposiciones que crearon la **bonificación mensual** para los docentes a efectos de incluir dicho factor en el ingreso base de liquidación pensional.// **Por lo expuesto, se hace la salvedad que dicha sentencia no trató el tema que nos atañe en el presente caso, a saber el reintegro de descuentos con destino a la salud efectuados a las mesadas pensionales adicionales de los docentes.**



justicia toda vez que, de conformidad con lo expuesto resulta razonable la decisión controvertida, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, al considerar, entre otras cosas, que no le asistía el derecho a la reducción del aporte para el sistema especial de salud del 12% al 5%, de conformidad con la normatividad aplicable a su caso concreto.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las solicitudes de desvinculación elevadas por el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia deprecado por el señor Hugo Hernán Guevara Pérez, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

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

CUARTO: Si no fuere impugnada, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el presente asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado