



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

- Acción : Tutela
- Expediente : 11001-03-15-000-2018-01062-00
- Actora : **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**
- Demandados : Magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca y Juez Quinta (5.ª) Administrativa de Popayán
- Tema : Tutela contra providencia judicial; derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia

Procede la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda dentro del trámite relacionado con la acción de tutela incoada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) contra los señores magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca y Juez Quinta (5.ª) Administrativa de Popayán, por la presunta vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

I. ANTECEDENTES

1.1 La solicitud de amparo (ff. 1 a 9). La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a través de apoderado, presenta acción de tutela con el fin de que se le protejan sus derechos constitucionales fundamentales a los que se hizo referencia, presuntamente quebrantados por los señores magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca y Juez Quinta (5.ª) Administrativa de Popayán.

Como consecuencia de lo anterior, solicita dejar sin efectos «[...] *las sentencia(s) proferida(s) por el Juzgado Quinto Administrativo [...] de*



*Popayán el día 12 de julio de 2017 confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el 7 de diciembre de 2017, dentro del proceso [...] 19-001-33-33-005-2015-00173-00»; y, en su lugar, se ordene a los accionados dictar un nuevo fallo «disponiendo liquidar la pensión de vejez del(a) señor(a) **Gerardo Arboleda Sánchez**, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de respetar del régimen anterior lo que respecta a la edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, pero teniendo en cuenta como IBL el promedio del tiempo que le hiciera falta o de los últimos 10 años conforme lo establece el inciso 3 y el artículo 21 de la referida norma, así como los factores salariales relacionados en el Decreto 1158 de 1994».*

1.2 Hechos. Relata la accionante que el señor Gerardo Arboleda Sánchez incoó en su contra medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encaminado a obtener la anulación de las Resoluciones RDP 35831 de 26 de noviembre de 2014, 7737 de 26 de febrero de 2015 y 3047 de 27 de enero de 2016, a través de las cuales se le reconoció pensión de vejez y se negó su reliquidación.

Que de la anterior demanda conoció el Juzgado Quinto (5.º) Administrativo de Popayán, que con providencia de 12 de julio de 2017, accedió a las súplicas y ordenó a la UGPP, como restablecimiento del derecho, «[...] reajust[ar] la pensión de vejez [del actor] en cuantía del **SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) del promedio de lo devengado entre el 1 de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014, a saber SUELDO, ANTIGÜEDAD, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE NAVIDAD [...]**», decisión confirmada el 7 de diciembre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Aduce que dichos fallos «[...] son adversos a derecho, en razón a que [...] van en contra de los postulados del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, siendo clara la grave afectación de los principios de la sostenibilidad financiera y solidaridad del sistema General de la Seguridad



Social, así como del debido proceso [...]».

II. TRÁMITE PROCESAL

Por alcanzar a satisfacer los requisitos formales, el Consejo de Estado, a través de auto de 12 de abril de 2018 (ff. 44 y 45), admitió la presente acción, ordenó notificar a los señores magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca y Juez Quinta (5.^a) Administrativa de Popayán y dispuso vincular al señor Gerardo Arboleda Sánchez.

2.1 Contestación de la acción.

2.1.1 La señora Juez Quinta (5.^a) Administrativa de Popayán (ff. 53 a 55) asevera que «[...] *la acción de tutela no está llamada a prosperar, toda vez que la decisión adoptada por el Despacho, confirmada por el Tribunal Administrativo del Cauca, tiene pleno respaldo en las pruebas obrantes en el expediente, en las normas legales, constitucionales y convencionales citadas y en la jurisprudencia vigente al momento de la consolidación del derecho*».

2.1.2 Los señores magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca, por intermedio del ponente de la decisión acusada (ff. 73 a 75), aducen que «*de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, “las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, de tal forma que no habría a aplicar retroactivamente las recientes sentencias de la Corte que cita la parte accionante (que no disponen aplicación retroactiva) a una situación pensional definida en el año 2004 con la adquisición del estatus por parte del señor GERARDO ARBOLEDA SÁNCHEZ. Proceder de tal manera implicaría vulnerar el principio de seguridad jurídica y los derechos adquiridos del demandante [...]*» en el proceso contencioso- administrativo.



2.1.3 El señor Gerardo Arboleda Sánchez (f. 77) se opone a las pretensiones de la acción, al considerar que es «*ilegal, por ser violatoria de la Constitución Política, y las leyes que ordenan la RELIQUIDACI[Ó]N de la [p]ensión cuando el empleado [p]úblico se retira de toda actividad [...]*».

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia. Corresponde a esta Colegiatura, en virtud de las reglas de reparto de la acción de tutela, previstas en el Decreto 1382 de 2000, determinar si en el presente caso hay lugar al amparo deprecado por la actora, que aduce quebranto de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

3.2 La acción. Como se sabe, la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de ellos cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

3.3 Cuestión preliminar. En el asunto *sub examine*, la accionante pide se dejen sin efectos las sentencias de: (i) 12 de julio de 2017, por medio de la cual el Juzgado Quinto (5.º) Administrativo de Popayán accedió a las pretensiones del medio de control 19001-33-33-005-2015-00173-00, y (ii) 7 de diciembre siguiente, con la que el Tribunal Administrativo del Cauca confirmó aquella decisión.



Sin embargo, la Sala únicamente centrará su estudio jurídico en la providencia de 7 de diciembre de 2017, por ser la que puso fin al proceso contencioso-administrativo, es decir, con la que al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la de primera instancia, culminó el trámite ordinario.

3.4 Problema jurídico. Se contrae a determinar si es dable a través de la acción de tutela, examinar el eventual quebranto de derechos de linaje constitucional fundamental que pueda comportar la sentencia de 7 de diciembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se decidió en segunda instancia el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 19001-33-33-005-2015-00173-00 incoado por el señor Gerardo Arboleda Sánchez contra la tutelante, en el sentido de confirmar la providencia del Juzgado Quinto (5) Administrativo de Popayán, que accedió a las pretensiones de la demanda; y en caso afirmativo, si se han vulnerado las garantías superiores al debido proceso y acceso a la administración de justicia invocadas en la solicitud de amparo.

3.5 La acción de tutela contra providencias judiciales. El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, la misma Corte permitió de manera excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos



fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, para lo cual sostuvo que esta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (i) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (ii) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (iii) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y (iv) defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la sala plena de la Corte Constitucional, entre las cuales están las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

Posteriormente, mediante sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional destacó el carácter excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de manera protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la citada providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y, además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte, en la mencionada decisión se precisó:



22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales [...].

Así las cosas, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente para identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de precisar si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si no alcanza a vulnerarlos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable. Al respecto señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (iii) 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. (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. Dicha irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas



ilícitas susceptibles de imputarse frente a crímenes de lesa humanidad, y la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio, por ello hay lugar a la anulación del juicio. (v) Que el actor identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos quebrantados y que lo hubiere alegado en el proceso judicial siempre que esto hubiese sido posible. Sobre este punto, la Corte anota que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el accionante tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, dado el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Asimismo, bajo el rótulo de las causales de procedibilidad se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales y quedó superada la noción de vía de hecho por la de decisión ilegítima con el propósito de destacar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, la Corte indica que los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga, son: (i) defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece de competencia; (ii) defecto procedimental absoluto, se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) defecto fáctico, que surge cuando el juzgador carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (iv) defecto material o sustantivo, cuando se funda la decisión en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre las consideraciones y la decisión; (v) error inducido, se da cuando el juez o



tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y esto lo condujo adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento por parte de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones; (vii) desconocimiento del precedente, según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental quebrantado; y (viii) violación directa de la Constitución, que procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, vale decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, sí se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional en lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por las razones que se exponen a continuación:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado social de derecho la prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales compromete la actuación de «*cualquier autoridad pública*» (artículo 86 de la CP), incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos.

En segundo lugar, de acuerdo con los derroteros jurisprudenciales de la Corte Constitucional si bien la acción de tutela resulta procedente contra providencias judiciales, esta comporta carácter excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar, la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.



Por otra parte, es pertinente destacar que la sala plena de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, la cual había sostenido que la acción de tutela resultaba improcedente para controvertir decisiones judiciales¹, rectificó su posición mediante sentencia de 31 de julio de 2012², en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos constitucionales fundamentales, con observancia de los parámetros fijados jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la ley y la jurisprudencia; lineamientos que esta subsección con anterioridad al fallo citado ha aplicado en los términos antes expuestos³.

Por último, en la sentencia de 5 de agosto de 2014⁴, proferida por la sala plena de lo contencioso-administrativo, por importancia jurídica, se reiteró que esta acción constitucional procede siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional, entre los que destacaron el de inmediatez y subsidiaridad.

3.6 Caso concreto. Analizados los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en el *sub lite* se observa que (i) el asunto planteado es de relevancia constitucional, pues recae sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la actora; (ii) la sentencia

¹ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la sala plena de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado: 1) 29 de enero de 1992, AC – 009, C. P. Dolly Pedraza de Arenas. 2) 31 de enero de 1992, AC – 016, C. P. Guillermo Chahín Lizcano. 3) 3 de febrero de 1992, AC – 015, C. P. Luis Eduardo Jaramillo. 4) 27 de enero de 1993, AC-429, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora. 5) 29 de junio de 2004, exp. 2000-10203-01, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda. 6) 2 de noviembre de 2004, exp. 2004-0270-01, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. 7) 13 de junio de 2006, exp. 2004-03194-01, C. P. Ligia López Díaz. 8) 16 de diciembre de 2009, exp. 2009-00089-01, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

² Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C. P. María Elizabeth García González.

³ Entre otras, de esta subsección pueden consultarse las siguientes providencias: 1) 28 de agosto de 2008, exp. 2008-00779-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve. 2) 22 de octubre de 2009, exp. 2009-00888-00, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 3) 22 de octubre de 2009, exp. 2009-00889-00, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 4) 3 de febrero de 2010, exp. 2009-01268-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve. 5) 25 de febrero de 2010, exp. 2009-01082-01, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 6) 19 de mayo de 2010, exp. 2010-00293-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve. 6) 28 de junio de 2011, exp. 2010-00540-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve. 7) 30 de noviembre de 2011, exp. 2011-01218-00, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 8) 2 de febrero de 2012, exp. 2011-01581-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve. 9) 23 de febrero de 2012, exp. 2011-01741-00, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 10) 15 de marzo de 2012, exp. 2012-00250-00, C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencia de unificación, proferida por la sala plena de lo contencioso-administrativo el 5 de agosto de 2014, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ).



ST

controvertida no es susceptible de otro medio de defensa judicial, ya que fue proferida en segunda instancia y se encuentra ejecutoriada; (iii) se identificaron los hechos que originaron el supuesto quebranto de las aludidas garantías superiores; (iv) el requisito de inmediatez se satisface, toda vez que la decisión atacada se notificó el 13 de diciembre de 2017 (f. 43 c. segunda instancia exp. ordinario) y la solicitud de amparo fue instaurada el 2 de abril de 2018 (f. 9 vuelto), es decir, dentro de un término prudencial; y (v) el fallo acusado no fue dictado en una acción de tutela.

En razón a que se colman los requisitos generales de procedencia de la tutela contra determinaciones judiciales, la Sala analizará el fondo del asunto bajo la causal específica denominada desconocimiento del precedente, alegada por la accionante.

3.6.1 Desconocimiento del precedente. Al respecto, se precisa que el desconocimiento del precedente tiene dos modalidades: (i) como causal autónoma de procedencia de la tutela contra providencia judicial cuando se trata del precedente constitucional, y (ii) como defecto sustantivo por el desconocimiento del precedente judicial. La primera tiene su origen en el artículo 241 superior y se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia⁵, y la segunda hace referencia a cuando la autoridad jurisdiccional se aparta del precedente horizontal o vertical sin justificación suficiente, lo que lleva a concluir que la providencia adolece de un defecto sustantivo⁶ en virtud de los principios del debido

⁵ T-360 de 2014: «[...] En este orden de ideas, el precedente constitucional puede llegar a desconocerse cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutoria de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela».

⁶ Ver sentencia T-087 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-522 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y SU-448 de 2011 M. P. Mauricio González Cuervo.



proceso, igualdad y buena fe⁷.

Asimismo, en relación con esta última modalidad se han diferenciado los conceptos de antecedente y precedente, así⁸:

28. El precedente judicial es la figura jurídica, que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, al conllevar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus actos, que más que en las disposiciones jurídicas, se encuentra en la interpretación que de ellas se hace⁹. En tal sentido, se concibe como *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo.”*¹⁰

Sin embargo, el precedente no debe identificarse plenamente con la sentencia, sino con la regla que de ella se desprende, aquella decisión judicial que se erige, no como una aplicación del acervo normativo existente, sino como la consolidación de una regla desprendida de aquel y extensible a casos futuros¹¹, con identidad jurídica y fáctica.

Con ocasión de la citada definición, y bajo el entendimiento de que *“no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto”*¹², esta Corporación ha hecho una distinción entre lo que se denomina antecedente jurisprudencial y precedente, en sentido estricto. En las **Sentencias T-830 de 2012 y T-714 de 2013** se ha precisado al respecto que:

“El (...) –antecedente– se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las

⁷ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-464 y T-794 de 2011 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ MARINON, Luiz Guilherme. El precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica. *Ius et Praxis*, 2012, vol. 18, no 1, p. 249-266.

¹⁰ Sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ ARRÁZOLA JARAMILLO, Fernando. La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Universidad de los Andes. Revista de Derecho Público*. 34, 1-28, Enero de 2015. ISSN: 19097778.

¹² Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (...)

*[Entretanto, el] –precedente-[...], por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.*¹³

Puede predicarse la existencia de un precedente, en los eventos en los cuales:

“(i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado.

(ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente.

*(iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”.*¹⁴

Ahora bien, conforme la entidad frente a la que debe conservarse la univocidad de la decisión, se habla de un precedente horizontal y uno vertical¹⁵. Este último se considera como aquel que se impone en virtud de las competencias jerárquicas que se desprenden de la organización del aparato de administración de justicia, a causa del cual el sentenciador debe acatar los lineamientos fijados por “*las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores*”¹⁶.

¹³ Sentencia T-714 de 2013.

¹⁴ Sentencia T-794 de 2011.

¹⁵ Sentencias T-360 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Sentencia SU-298 de 2015 Op. Cit. «*sin duda, el precedente es una herramienta que cohesiona el sistema judicial porque conecta las decisiones individuales a través de una misma línea argumentativa para la resolución de los mismos asuntos. Conecta las decisiones de un mismo nivel jerárquico con las de los funcionarios superiores. Al respecto se distingue entonces el precedente horizontal que ‘supone que, en principio, un juez –individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias’, del vertical que implica ‘que los jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente por las altas cortes’.*».

¹⁶ Sentencia T-360 de 2014.



29. De tal forma aquel que puede considerarse precedente para un caso posterior, debe consultar la materia del debate que se ventila y la fuente a la que obedece. Como quiera que la fuente puede ser constitucional y no situarse en el rango legal, es posible considerar que la aplicación del precedente de la jurisdicción ordinaria no resulte suficiente en sede constitucional para integrar todos los elementos de juicio relevantes para un caso concreto.

La misma jurisprudencia constitucional ha precisado que el precedente no solo es orientador sino obligatorio, porque (i) si bien es cierto que los jueces únicamente están sometidos al imperio de la ley, también lo es que esta en su sentido amplio comprende todas las fuentes de derecho, incluidas las sentencias, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre en cada jurisdicción¹⁷; (ii) su fuerza vinculante se funda en la aplicación de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe, pues se debe garantizar la certidumbre en las decisiones de los jueces a la luz de la seguridad jurídica y la confianza legítima frente al ordenamiento jurídico; y (iii) es la solución más adecuada al problema jurídico que se plantea, salvo que en atención a su autonomía e independencia, se aparte por considerar que tiene mejores razones o justificaciones para decidirlo y las sustente de manera expresa, amplia y suficiente¹⁸.

Así, se entiende por precedente judicial, como interpretación consolidada de la ley, el conjunto de razones reiteradas, amplias y consolidadas por el juez para dirimir los conflictos que conoce, que deben ser tenidas en cuenta al resolver controversias posteriores siempre que entre el asunto ya decidido y el que está por resolverse medie una correspondencia entre las situaciones fácticas y

¹⁷En palabras de la Corte Constitucional: «La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía». Cfr. Sentencia C-372 de 2011.

¹⁸ Cfr. sentencia T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: «[...] el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).

(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente) [...]».



jurídicas¹⁹. En otras palabras, la administración de justicia debe solucionar los litigios a su cargo en atención a la línea jurisprudencial vertical u horizontal, ya que constituye una pauta para la solución de casos idénticos que garantiza los principios de seguridad jurídica e igualdad, entre otros.

Por lo anterior, el precedente es el elemento esencial para verificar si con una decisión judicial se han vulnerado o no los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y debido proceso, toda vez que los jueces deben acoger, en procesos con similares fundamentos fácticos, las directrices impartidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones o apartarse razonadamente de ellas.

En lo atañadero a la posibilidad de apartarse del precedente, la Corte Constitucional ha precisado que es dable siempre que se empleen argumentos jurídicamente razonables y suficientes que protejan en mayor medida el ordenamiento jurídico, en especial las normas constitucionales. Al respecto, dicha Corporación²⁰ sostuvo:

32. No obstante lo anterior, el deber de aplicación del precedente no es absoluto, por lo que el funcionario judicial puede apartarse válidamente de él, bajo las garantías que le otorgan los principios de independencia y autonomía judicial. Para hacerlo, el juzgador debe (i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa.

En el asunto *sub examine*, la demandante sostiene que la sentencia objeto de la acción de tutela del epígrafe «*interpreta erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1992 y desconoce el precedente constitucional preferente y vinculante proferido por la sala plena de la Corte constitucional [sic] en sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, Auto 326 de 2014, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, Auto 229 de 2017 y SU-395 de 2017*».

¹⁹ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 7 de marzo de 2013, M. P. María Claudia Rojas Lasso, expediente: 11001-03-15-000-2013-00131-00 (AC).

²⁰ Sentencia T-737 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Ahora bien, revisado el contenido de la decisión judicial proferida el 7 de diciembre de 2017, se observa que se acogen los lineamientos de esta Corporación fijados en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010²¹, en el sentido de que el ingreso base de liquidación para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y la Ley 33 de 1985, se calcula con base en los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Sobre este aspecto, cabe señalar que la sala plena de la sección segunda del Consejo de Estado se pronunció por vía ordinaria, mediante providencia de unificación de 25 de febrero de 2016²², acerca de los alcances de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

IV. Sobre los alcances de la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional

[...] los argumentos de la sentencia C-258 de 2013 giran en torno de un régimen de privilegio, el cual se encuentra establecido en la Ley 4 de 1992, aplicable al reconocimiento pensional de los altos funcionarios del Estado, los cuales en diversos casos superaban de forma desbordada los montos que se pueden reconocer a quienes se encuentran a la expectativa de obtener una pensión de vejez bajo los diversos regímenes establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

En este punto, es dable anotar que la Corte Constitucional no pretendió extender los efectos de su sentencia a cada uno de los regímenes especiales pensionales aplicables a los ex servidores del sector público, que aún se encuentran vigentes por el régimen transición consagrado en la Ley 100 de 1993, de una parte porque tales regímenes tienen una justificación y una racionalidad que debe ser examinada al momento de decidir el derecho pensional reclamado, y de otra porque este argumento no fue estudiado por la Corte Constitucional en la C-258 de 2013.

[...]

²¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), C. P. Victor Hernando Alvarado Ardila.

²² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, expediente 25000-23-42-000-2013-01541-01 (4683-2013), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.



De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación [...] en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [...]

La sentencia en comento es una de las sentencias de unificación jurisprudencial que han servido de base para extender los efectos de la misma a pensiones que deben reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición e incluyendo los factores salariales que habitualmente y de forma periódica se percibieron en el último año de servicios del empleado público, sentencia que se aplica por los funcionarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como precedente de la interpretación en relación a la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por los regímenes de transición.

V. Sobre los alcances de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional

[...]

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, [...] la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.

[...]

Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye 'precedente' para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4º de 1992 y no



a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público [...].

No obstante, en sentencia de 15 de diciembre de 2016, dictada dentro del trámite de tutela 11001-03-15-000-2016-01334-01, la sección quinta del Consejo de Estado revocó la providencia de 13 de octubre de esa anualidad proferida por la sección cuarta de esta Corporación, que negó el amparo deprecado por la UGPP²³, para en su lugar tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso y ordenar a la sección segunda proferir una nueva decisión en la que atienda los lineamientos trazados en el fallo SU-230 de 2015, al estimar que este «[...] *tiene fuerza vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma*», lo que fue cumplido con providencia de 9 de febrero de 2017.

Asimismo, en fallo SU-427 de 2016 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), la Corte Constitucional reiteró la interpretación hecha en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, al explicar:

6.10. En síntesis, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida [en] que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la

²³ Acción de tutela mediante la cual pretendía dejar sin efectos los fallos de 24 de septiembre de 2013 y 25 de febrero de 2016, proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección C de la sección segunda) y el Consejo de Estado (sección segunda), en su orden, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón en su contra, y ordenar a esas Corporaciones emitir nuevas providencias en las que se acate la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional relacionada con la forma de liquidar las pensiones de jubilación de las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.



reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

[...]

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...).”

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).”

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

Al respecto, es menester advertir que el Consejo de Estado no ha emitido un nuevo pronunciamiento de unificación frente al tema, razón por la que no es dable imponer a las autoridades judiciales el acatamiento de los fallos C-258



de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en virtud de su autonomía, siempre y cuando cumplan la correspondiente carga argumentativa con el propósito de sustentar el motivo por el cual se apartan de aquel, máxime cuando este escenario constitucional no es el apropiado para unificar criterios jurisprudenciales atañedores a asuntos ordinarios.

Con fundamento en lo anterior, examinado el contenido de la providencia proferida el 7 de diciembre de 2017, el Tribunal Administrativo del Cauca, en atención a su autonomía, acogió el derrotero trazado por esta Corporación en la sentencia de 4 de agosto de 2010, al argumentar:

En sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, se entendió que el ingreso base de liquidación debía calcularse conforme al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se aplicaba la edad y el tiempo de servicios previstos en el régimen pensional anterior, y el ingreso base de liquidación estipulado en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, cuando una persona consolida su estatus pensional con anterioridad a las sentencias de la Corte Constitucional, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de su pensión, amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se determinan con fundamento en las disposiciones que gobiernan el régimen pensional anterior aplicable al trabajador, que para el caso de los servidores públicos nacionales y territoriales está previsto en las leyes 33 y 62 de 1985.

La aplicación de estas leyes para la determinación de las pensiones, corresponde a la posición unificada en providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 4 de agosto de 2010, radicado 0112-09, según la cual, los factores salariales allí previstos no tienen un carácter taxativo, sino enunciativo, por lo que, en razón de los principios de igualdad material, primacía de la realidad y favorabilidad, es procedente la liquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios.

[...]

Por lo cual, se reitera, cuando una persona consolida su estatus pensional con anterioridad a las sentencias de la Corte Constitucional –siendo que la sentencia SU 230 de 2015 fue dictada el 29 de abril de 2015-, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para la



92

liquidación de su pensión, amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se determinan con fundamento en las disposiciones que gobiernan el régimen pensional anterior aplicable al trabajador; que para el caso de los servidores públicos nacionales y territoriales está previsto en las leyes 33 y 62 de 1985.

Así las cosas, en consideración a que el Tribunal Administrativo del Cauca explicó en la providencia objeto de censura el motivo por el cual acoge el precedente del Consejo de Estado y se aparta del fijado por la Corte Constitucional, se concluye que colmó los respectivos criterios de suficiencia y transparencia que exigen el deber de motivar razonablemente las decisiones judiciales.

A partir de los anteriores prolegómenos, comoquiera que la sentencia de 7 de diciembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, con la cual se decidió en segunda instancia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho 19001-33-33-005-2015-00173-00, en el sentido de confirmar la del Juzgado Quinto (5.º) Administrativo de Popayán, que accedió las pretensiones allí formuladas, no incurre en la causal específica denominada desconocimiento del precedente que dio pábulo al ejercicio de la presente acción, la Sala negará el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución Política,

FALLA:

1.º Niégase el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia invocados por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en los términos indicados en la parte motiva.



2.º Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito, en la forma y término previstos en el Decreto 2591 de 1991.

3.º Si el presente fallo no fuere impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación como lo prevé el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, envíese el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

