

ACCION DE TUTELA - Causales de procedibilidad / DEBIDO PROCESO - vulneración por defecto sustantivo / RELIQUIDACION DE PENSION DE JUBILACION - Régimen especial para servidores del DAS de alto riesgo

Vistas las normas que regulan el régimen especial para los detectives del DAS y una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente de nulidad y restablecimiento iniciado por el hoy accionante, considera la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca erró al estimar que no le era aplicable al señor Hugo Ernesto Angel Agudelo el régimen especial contenido en el Decreto 1835 de 1994 para detectives del DAS. Lo anterior en consideración a que el Tribunal omitió analizar lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, que consagró en el parágrafo 5º del artículo 2º, un régimen de transición para reconocer la pensión de vejez en las mismas condiciones contenidas en el régimen de transición fijado en el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994 a aquellos detectives del DAS que: 1) se hayan vinculado con anterioridad al 3 de agosto de 1994; y 2) que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (29 de diciembre de 2003) hubieren cotizado 500 semanas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre vía de hecho por defecto fáctico, Corte Constitucional SU-1184 de 2001 y sentencia SU -159 de 2002.

FUENTE FORMAL. LEY 860 DE 2003 / DECRETO 1835 DE 1994

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00081-00(AC)

Actor: HUGO ERNESTO ANGEL AGUDELO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Y OTRO

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por el señor Hugo Ernesto Angel Agudelo, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C y la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación - CAJANAL.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud.

El señor Alvaro Aponte Lagos, en ejercicio de la acción de tutela solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital y el in dubio pro operario, que estimó lesionados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, al dictar el fallo de segunda instancia el 27 de octubre de 2011, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 2010-00036, en el cual fungían como demandante el hoy actor en tutela y como demandada la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, por cuanto en su sentir en la providencia referida se incurrió en vía de hecho, toda vez que se desconoció el precedente jurisprudencial, el principio in dubio pro operario, al no tener en cuenta que los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - se encuentran inmersos en el régimen de transición debido a que desempeñan actividades de alto riesgo.

2. Los Hechos

El actor expuso como hechos, los que se sintetizan a continuación: (fls. 2 a 5 del expediente principal).

Manifestó el accionante que prestó sus servicios laborales en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - por un periodo superior a los 22 años, siendo retirado del servicio el 1º de febrero de 2008, mientras ocupaba el cargo de Detective Profesional 207-11 por haber adquirido el derecho a pensionarse.

Señaló que de conformidad con la normatividad vigente, adquirió el estatus jurídico de pensionado el 15 de diciembre de 2005, por tiempo de servicio, toda vez que como detective profesional del DAS el único requisito para tener derecho a la pensión, era el de tener 20 años de servicios, sin consideración a la edad.

Mediante Resolución No. 30 de 10 de enero de 2008, el Gerente General de CAJANAL le reconoció pensión de jubilación, y dio aplicación parcial al régimen especial, según lo normado en el Decreto 1835 de 3 de agosto de 1994.

A través de la Resolución No. 04655 de 4 de febrero de 2009 se reliquidó la pensión de jubilación del accionante, dándose nuevamente aplicación de manera parcial al régimen especial, pues se computó únicamente la asignación básica, la

bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo (art. 2 Ley 860 de 2003), desconociendo con ello que el último año de servicios se devengaron además los siguientes conceptos: prima de servicios, prima de vacaciones, factores por vacaciones y prima de navidad.

Indicó que presentó demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando que se declarara la nulidad parcial de la Resolución No. 04655 de 4 de febrero de 2009 y como consecuencia de lo anterior, se ordenara a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, que reconociera y liquidara el IBL de su mesada pensional, teniendo en cuenta para este efecto todos los factores devengados en el último año de servicios.

El proceso ordinario le correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Bogotá, el cual mediante sentencia de 25 de octubre de 2010 accedió a las pretensiones de la demanda.

Consideró el Juzgado que el accionante pertenecía al régimen pensional especial propio de los detectives profesionales del DAS, el cual se encuentra consagrado en los Decretos 1047 de 1978, 1835 de 1994 y 1933 de 1989.

Indicó que la parte demandada en el proceso ordinario presentó recurso de apelación contra la anterior providencia.

Señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 27 de octubre de 2011, revocó la sentencia de primera instancia, por considerar que para el momento en que el accionante adquirió el estatus de pensionado, es decir, para el 15 de diciembre de 2005, no había consolidado su derecho pensional en los términos de la normatividad especial (Decreto 1835 de 1994).

Afirmó el accionante que con la anterior decisión tomada para este caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el precedente jurisprudencial, así como el régimen pensional especial al que están sujetos los detectives profesionales del DAS por desempeñar una actividad que es considerada de alto riesgo.

Manifestó el accionante que el Tribunal acusado aplicó el Decreto 2090 de 2003 que deroga el Decreto 1835 de 1994, sin considerar que la norma que consagra

las actividades que son catalogadas como de alto riesgo para el personal del DAS es el Decreto 2091 de 2003, y el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Indicó que para subsanar el vacío normativo el Gobierno Nacional expidió la Ley 860 de 2003, en la cual se estatuyó que los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que hubieran cotizado 500 semanas les será reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994, y afirmó que para la fecha de entrada en vigencia de dicha ley contaba con más de 800 semanas.

Finalmente señaló, que con la sentencia de segunda instancia se están vulnerando derechos fundamentales como el debido proceso, a la igualdad, mínimo vital y el In dubio Pro Operario, por el desconocimiento de los pronunciamientos que en casos similares ha hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

3. Las pretensiones

En el escrito de tutela solicitó la parte actora, se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, así como el principio in dubio pro operario. En consecuencia se deje sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de octubre de 2011, mediante la cual revocó la providencia del Juzgado Cuarto del Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá del 25 de octubre de 2010.

4. Contestación de la entidad accionada.

Mediante auto del 18 de enero de 2012, se notificó a la parte accionada y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fl. 68 del cuaderno principal).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la magistrada ponente de la providencia acusada, en escrito visible a folios 74 y 75 del cuaderno principal, indicó que en la sentencia proferida por dicha Corporación se realizó un análisis fáctico y jurídico serio del caso particular al cual se refiere la controversia.

Por otra parte, **la apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E. en liquidación**, mediante escrito visible a folios 80 al 85 del

cuaderno principal, manifestó que de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-638 de 2002, la acción de tutela no es el mecanismo instituido por el constituyente para combatir las providencias judiciales, a excepción de los casos en los que se presente algún defecto, como por ejemplo un defecto sustantivo.

Adicionalmente, señaló que esa entidad no ha vulnerado ningún derecho del accionante, toda vez que hay una sentencia proferida por el juez contencioso que se encuentra debidamente ejecutoriada y que hizo tránsito a cosa juzgada en su favor.

Finalmente indicó que en las sentencias proferidas por el juzgado y por el tribunal no se incurrió en vía de hecho, toda vez que las decisiones que tomaron fueron conforme a las normas vigentes aplicables al caso específico y a las pruebas que se encuentran consignadas en el expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Hugo Ernesto Angel Agudelo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente acción ejercida contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de la acción de tutela.

a. Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

b. La acción de tutela contra decisiones 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, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma 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, es el principio que 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.

De ahí que salvo eventos sumamente excepcionales, la acción de tutela contra decisiones judiciales es improcedente, en razón a que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. Además, porque el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

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, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1)

defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) 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; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas¹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente², se consideran pruebas inadmisibles³ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁴, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

¹ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

² Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

³ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁵.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior 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

⁵Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, 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...”.

En ese orden, 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 en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) 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. (b) 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: 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. (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. (d) 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: con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de

derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: indica la Corte 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 actor 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. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VIA DE HECHO por la de DECISION ILEGITIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) Defecto orgánico: que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia (b) Defecto procedimental absoluto: que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) Defecto fáctico: que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) Defecto material o sustantivo: como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido: que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación: que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g)

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 vulnerado. (h) Violación directa de la Constitución: procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

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 fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C. P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

Finalmente, estima la Sala que 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.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la providencia de 27 de octubre de 2011, incurrió en vía de hecho al considerar que el accionante no se encuentra incluido en el régimen especial previsto para empleados del DAS y por tanto, que no tenía derecho a que se le reliquidara su pensión de jubilación.

3. Análisis del caso concreto

Al analizar los argumentos expuestos por el accionante en el escrito de tutela, observa la Sala que en síntesis plantea que en la providencia de 27 de octubre de 2011 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se incurrió en vía de hecho, bajo el argumento de que en esa sentencia no se aplicó la normatividad correspondiente al régimen especial al cual pertenece al actor, y se dejó de aplicar el precedente jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado sobre la materia.

Por lo anterior, la Sala infiere que la inconformidad del actor se encamina a discutir la inaplicación de las disposiciones legales que regulan el derecho pensional de los servidores públicos que laboran en el DAS desempeñando actividades de alto riesgo, pues considera el señor Hugo Ernesto Angel Agudelo que el tribunal ha debido dar aplicación a la transición prevista en el parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 860 de 2003⁶.

Previo a cualquier análisis, debe la Sala señalar en primer lugar, que acogiendo la tesis reiterada por la jurisprudencia, la acción de tutela no puede constituirse en un mecanismo en el que se sometan a debate aspectos propios de definir por el juez ordinario y no por el juez constitucional.

Observa la Sala que debido a que la inconformidad del accionante se centra en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que el señor Hugo Ernesto Angel no tenía derecho a que se le aplicara el régimen especial aplicable a los detectives del DAS, es necesario entrar a revisar en primer lugar el contenido de la providencia atacada, proferida el 27 de octubre de 2011.

⁶ *Ley 860 de 2003* “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.”

ARTÍCULO 2. “El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1o y 2o del Decreto 2646 de 1994 ó normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define.

Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

(...)

PARÁGRAFO 5o. Régimen de transición. **Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994.**

(...)” (subrayado y negrilla fuera de texto)

En dicha sentencia el Tribunal acusado consideró que en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 se estableció que el Gobierno Nacional, con fundamento en la Ley 4ª de 1992 debía expedir el régimen de los servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización o ambos requisitos, siendo así que en desarrollo de dicha norma se expidió el Decreto 1835 de 1994, el cual reglamentó dichas actividades dentro de las cuales se encuentran:

“I. En el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS:

Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente...”

Adicionalmente, indicó el tribunal que el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994, estableció el régimen de transición especial para aquellos servidores que laboraran en actividades de alto riesgo que estuvieran vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha norma, es decir, antes del 3 de agosto de 1994, quienes no tendrán condiciones menos favorables en cuanto edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la pensión de jubilación, a las existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Consideró que el régimen de transición previsto en dicha norma es diferente al fijado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló igualmente, que el Decreto 1835 de 1994 fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 28 de julio de 2003 “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, norma en la cual se excluyó como actividad de alto riesgo la desempeñada por los detectives especializados, profesionales y agentes del DAS.

Concluyó el tribunal, que hasta la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (26 de julio de 2003), el Decreto 1835 de 1994, surtió plenos efectos, siendo así que como el señor Hugo Ernesto Angel adquirió el estatus pensional el 15 de diciembre de 2005, es decir, con posterioridad a la derogatoria del Decreto 1835, no había lugar a reliquidar su pensión de jubilación de conformidad con el régimen especial previsto para detectives del DAS, razón por la cual decidió

revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Visto lo anterior, considera la Sala que para entrar a resolver el asunto bajo estudio debe realizarse en primer lugar un análisis del régimen especial aplicable a los detectives del DAS en sus distintos grados y denominaciones como especializado, profesional y agente, al ser estos empleos considerados como de alto riesgo, así como su régimen de transición.

a) Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

El Decreto 1933 de 1989 fijó el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, el cual dispone en su artículo 10º lo siguiente:

“Artículo 10.- Pensión de jubilación.- Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido, en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, **cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones**”.

Quiere decir lo anterior, que esta norma extendió el régimen especial aplicable a los dactiloscopistas del DAS fijado en los artículos 1º y 2º del Decreto 1047 de 1978, a los detectives agente, profesional o especializado, que desarrollen funciones de dactiloscopistas, así como a los demás detectives en los distintos grados y denominaciones.

El Decreto 1047 de 1978, aplicable por remisión a los detectives del DAS, y en el caso particular al accionante, señala:

“Artículo 1º.- **Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones** de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, **tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.**

Artículo 2º.- Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al

servicio del Departamento Administrativo por un término no menor de 18 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento.”

b) Ley 100 de 1993

Ahora bien, observa la Sala que el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, consagra que el Gobierno Nacional deberá con fundamento en la Ley 4ª de 1992, regular las condiciones de las actividades que son consideradas como de alto riesgo, así como también los presupuestos pensionales de este grupo de servidores.

Dicha norma señala:

“ARTICULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad. “

c) Decreto 1835 de 1994

Esta norma fue expedida por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por el ordinal 11 del artículo 189 y los literales e) y f) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

Mediante el Decreto 1835 de 3 de agosto de 1994 “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”, se determinó que servidores del DAS desempeñaban funciones consideradas de alto riesgo, señalando que:

“ARTICULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS:

Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente.

(...)”

Adicionalmente se tiene que dicha norma en su artículo 4º consagró un régimen de transición pensional especial para los Detectives del DAS, en el cual consagró:

“ARTICULO 4o. REGIMEN DE TRANSICION. <Artículo corregido por el artículo 1o. del Decreto 898 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> **Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.**

(...).”

Al respecto, debe señalar la Sala que este régimen especial fijado para los detectives del DAS se expidió con fundamento en lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 como ya se expuso, lo que significa que el mismo legislador consideró necesario que para aquellos servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo se les expidiera un régimen especial pensional, tal y como en efecto sucedió.

En cuanto al régimen de transición aplicable a los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, considera la Sala que es el consagrado en el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994, por ser una norma especial que regula el régimen especial de las actividades de alto riesgo, y por tanto, no están sujetos a la transición fijada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

d) Decreto Ley 2090 de 2003

En el decreto expedido el 26 de julio de 2003. “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, el Gobierno Nacional reguló el régimen pensional de los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, salvo el

de los detectives del DAS, el cual se encuentra regulado en el Decreto 2091 de 2003 y derogó el Decreto 1835 de 1994.

e) Decreto Ley 2091 de 2003

Por su parte, el Decreto 2091 de 28 de julio de 2003, “Por el cual se reforma el régimen de pensiones de los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS”, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003.

Quiere decir lo anterior, que toda vez esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, y el Decreto 1835 de 1994, que regulaba el régimen especial para los detectives del DAS fue derogado por el Decreto 2090 de 2003, se generó un vacío normativo respecto del régimen pensional especial para empleos de alto riesgo en el DAS, el cual fue llenado con la expedición de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003.

f) Ley 860 de 2003

Mediante la expedición de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones” (la cual empezó a regir el 29 de diciembre de 2003), el legislador llenó el vacío generado respecto del régimen pensional de los detectives del DAS que desempeñaban funciones de alto riesgo, señalando en su artículo 2º lo siguiente:

“ARTICULO 2o. DEFINICION Y CAMPO DE APLICACION. El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1o y 2o del Decreto 2646 de 1994 ó normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define. Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

(...)

PARAGRAFO 5o. Régimen de transición. Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994.

(...)"

Vistas las normas que regulan el régimen especial para los detectives del DAS y una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente de nulidad y restablecimiento iniciado por el hoy accionante, considera la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca erró al estimar que no le era aplicable al señor Hugo Ernesto Angel Agudelo el régimen especial contenido en el Decreto 1835 de 1994 para detectives del DAS.

Lo anterior en consideración a que el Tribunal omitió analizar lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, que consagró en el parágrafo 5º del artículo 2º, un régimen de transición para reconocer la pensión de vejez en las mismas condiciones contenidas en el régimen de transición fijado en el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994 a aquellos detectives del DAS que: **1)** se hayan vinculado con anterioridad al 3 de agosto de 1994; y **2)** que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (29 de diciembre de 2003) hubieren cotizado 500 semanas.

Observa la Sala que en el caso bajo estudio el señor Hugo Ernesto Angel prestó sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 1985 y el 31 de enero de 2008, descontando de dicho tiempo 5 días por suspensión⁷, cumpliéndose de este modo el primero de los requisitos exigidos por el legislador.

En cuanto al segundo presupuesto, es decir, que el accionante hubiera cotizado 500 semanas para el 29 de diciembre de 2003, observa la Sala que también se cumple, pues para esa fecha el señor Hugo Ernesto contaba con más de 900 semanas de cotización. Quiere decir entonces, que para la fecha en que el accionante adquiere el estatus de pensionado cumplió con los requisitos previstos en el parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 860 de 2003, norma vigente para ese momento.

Adicionalmente, observa la Sala que en la Resolución No. 25447 de 10 de junio de 2008 "Por la cual se resuelve un recurso de Reposición", la Caja Nacional de Previsión Social, repuso en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 60731 del 22 de noviembre de 2006, y en consecuencia, reconoció y ordenó el

⁷ De acuerdo a certificación obrante a folio 9 del cuaderno anexo.

pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del accionante, y consideró que a éste le era aplicable lo dispuesto en la Ley 860 de 2003 y por tanto, el régimen de transición contemplado en el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994.

Quiere decir entonces, que pese a que en el acto de reconocimiento de la pensión a favor del accionante CAJANAL concluye dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, que el señor Hugo Ernesto Angel Agudelo pertenecía al régimen especial de los detectives del DAS, normatividad que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció, para finalmente considerar que al actor no le era aplicable el régimen especial previsto para los detectives del DAS, pues estimó que para la fecha en que el accionante adquirió el estatus pensional el Decreto 1835 de 1994 había sido derogado por el Decreto 2090 de 2003.

A juicio de la Sala la afirmación realizada por el Tribunal acusado carece de fundamento, pues como ya se explicó en precedencia el señor Hugo Ernesto Angel adquirió su estatus pensional el 15 de diciembre de 2005⁸, es decir, en vigencia de la Ley 860 de 2003, lo que significa que es bajo ésta norma que debe estudiarse el derecho pensional del accionante.

Corolario de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto sustantivo al inaplicar la Ley 860 de 2003, norma vigente para el momento en que el accionante adquirió el estatus pensional, esta Sala tutelaré el derecho fundamental a la igualdad del señor Hugo Ernesto Angel Agudelo y en consecuencia se dispondrá dejar sin efectos la sentencia del 27 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Hugo Ernesto Angel Agudelo contra la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, y se ordenará al referido Tribunal proferir nueva decisión, tomando en consideración el análisis normativo efectuado en esta providencia.

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 ley,

⁸ Ver folios 47 al 53. Resolución No. 25447 de l 10 de junio de 2008.

FALLA

PRIMERO: TUTELASE el derecho fundamental a la igualdad del señor Hugo Ernesto Angel Agudelo, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DEJASE SIN EFECTOS la sentencia del 27 de octubre 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Hugo Ernesto Angel Agudelo contra la Caja Nacional de Previsión Social, con radicación 11001-33-31-014-2010-00036-00.

TERCERO: ORDENASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en el término de un mes a partir de la notificación del presente fallo, profiera una nueva sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento promovido por el accionante, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ