

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Requisitos generales de procedencia y causales generales de procedibilidad

NOTA DE RELATORIA: Ver, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo de 31 de julio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Exp: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC)IJ, y Corte Constitucional sentencia C-590 de 2005.

SEGURIDAD SOCIAL DEBIDO PROCESO - Desconocimiento por fallar sobre aspectos de la pensión no sometidos a debate por el demandante y en perjuicio de éste / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Juez

Teniendo en cuenta el contenido de la norma indicada en el párrafo anterior, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se presenta contra el acto administrativo, o parte de éste, que lesiona un derecho a quien acciona, lo cual limita la competencia del juez de conocimiento, que se circunscribe a estudiar los actos acusados en lo que resultan desfavorables a la parte activa del proceso. Lo anterior sin perjuicio de que si la parte demandada presenta demanda de reconvención, el juez quede habilitado para emitir un pronunciamiento sobre puntos diferentes a los cuestionados inicialmente en la demanda, pues bajo dicho supuesto la competencia del juez de conocimiento cambia, por lo que puede decidir sobre aspectos que le sean desfavorables a la parte demandante. Sin embargo, en el caso bajo estudio, encuentra la Sala que no se presentó demanda de reconvención, por lo que no era posible que el juez de segunda instancia emitiera ningún juicio sobre aspectos diferentes a los planteados en la demanda, que se buscaba la nulidad parcial de los actos administrativos que reconocieron la pensión de jubilación al actor y que reliquidaron la misma prestación, en lo que se refiere al periodo que se tuvo en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional. Quiere decir entonces, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, excedió su competencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-02282-00(AC)

Actor: JOSÉ MIGUEL ÁNGEL MOYA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Decide la Sala la acción de tutela presentada por José Miguel Ángel Moya, mediante apoderado judicial, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y pretensiones

El señor José Miguel Ángel Moya, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de tutela, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social y al acceso a la administración de justicia, que estimó lesionados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la decisión adoptada en segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el hoy actor contra la Universidad Nacional de Colombia.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó: I) se amparen los derechos fundamentales invocados; II) se deje sin efectos la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de octubre de 2012; III) se ordene al tribunal proferir nuevo fallo dentro de un término perentorio, sin reducir el porcentaje de mesada pensional del demandante, sin declarar la prescripción de las mesadas causadas, y sin excluir las vacaciones y el quinquenio del ingreso base de liquidación.

2. Los hechos

La parte actora expone como fundamento de su solicitud, los hechos que se resumen a continuación:

Señala el apoderado del actor, que el señor José Miguel Ángel Moya, laboró al servicio de la Universidad Nacional de Colombia durante más de 20 años, retirándose de dicha institución el 30 de junio de 2001.

Por haber cumplido con los requisitos legales, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, petición que fue resuelta por la Universidad mediante Resolución No. 1065 del 11 de junio de 2001.

Afirma que la prestación mencionada, fue reconocida con un ingreso base equivalente al 80% del promedio salarial devengado desde el 1º de abril de 1994 (fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993), hasta el 30 de abril de 2001 (fecha en que el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión); cuando debió ser liquidada con el salario promedio del último año de servicios de acuerdo a la Ley 33 de 1985 y al Acuerdo No. 20 de 1990 proferido por el Consejo Superior Universitario.

Indica también, que con posterioridad, la universidad resolvió reliquidar en dos ocasiones la pensión del actor, teniendo en cuenta lo devengado por éste entre el 1º de mayo y el 30 de junio de 2001; y agregándole los aumentos autorizados por el Gobierno Nacional para el año 2001.

Señala la apoderada que el 7 de octubre de 2010, el accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Universidad en los cuales se define el derecho prestacional del actor, pero solamente en lo que se refiere al ingreso base de liquidación que fue extraído de lo devengado desde el 1º de abril de 1994, hasta el 30 de abril de 2001; demanda que correspondió por reparto al Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

En la contestación de la demanda ordinaria, la institución universitaria planteó como excepción la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 20 de 1990; así como que al conceder las pretensiones, en el caso bajo estudio, implicaba la reducción de la mesada pensional del actor, por lo que necesariamente debían negarse.

Mediante sentencia del 18 de noviembre de 2011 el Juzgado Veintidós Administrativo de Bogotá profirió sentencia en primera instancia, en la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por la universidad; declaró la nulidad parcial de los actos acusados; y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, con la aplicación del 80% de los factores devengados por José Miguel Ángel Moya en el último año de servicios.

Contra la anterior decisión la entidad accionada presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, quien mediante fallo del 10 de octubre de 2012 confirmó parcialmente la sentencia; condenó a la universidad a reliquidar la prestación teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios; redujo el porcentaje de la mesada reconocida del 80% al 75% de los factores salariales; declaró la prescripción de las mesadas causadas antes del 7 de octubre de 2007; y ordenó que se descontara sobre los factores que se incluyeron adicionales en la liquidación, los aportes correspondientes para pensión.

Señala el apoderado del accionante, que el tribunal acusado, en la sentencia de segunda instancia consideró que aunque se reduce el porcentaje reconocido (de 80% a 75%), la mesada pensional se incrementa con la inclusión de los factores salariales del último año de servicios.

A juicio de la parte actora, el tribunal accionado erró al darle alcance a la contestación de la demanda y al recurso de apelación, como si se tratara de una demanda de reconvención, pues los motivos indicados por la entidad universitaria en dichas intervenciones debieron exponerse a través de una acción de lesividad, o de una demanda de reconvención; y no ser formulados como una excepción a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Indica además, que el juez de segunda instancia se excedió al decidir sobre la prescripción de las mesadas pensionales y sobre la no inclusión de los factores salariales denominados: vacaciones y quinquenio; ya que dichos puntos no fueron objeto del recurso de apelación presentado por la entidad demandada.

3. Intervenciones

Mediante providencia del 14 de diciembre de 2012, se ordenó la notificación a las partes accionadas y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fls. 17-18).

Surtidas las comunicaciones de rigor, la **Universidad Nacional de Colombia** (fls. 26-40), no realizó ningún pronunciamiento sobre las pretensiones de la acción de tutela interpuesta contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sin embargo, manifestó que a la fecha no ha adoptado ninguna medida para dar cumplimiento a lo ordenado por el tribunal, toda vez que no ha recibido la primera copia de la sentencia dictada en segunda instancia, razón por la cual no es posible remitir la prueba solicitada por el accionante.

Igualmente, anexó junto a la mencionada intervención, copia del certificado de lo pagado por concepto de pensión al actor durante el año 2012, en los cuales consta que no se ha realizado modificación alguna en cumplimiento del fallo.

Por su parte, **el Tribunal Administrativo de Cundinamarca** actuando a través del Magistrado Sustanciador de la providencia acusada (fls.41-42), señaló que no es posible aplicar el Acuerdo No. 020 de 1990 proferido por el Consejo Superior Universitario, ya que de acuerdo a la Constitución Política la fijación del régimen laboral y prestacional de los servidores públicos es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en aplicación del principio de favorabilidad, se tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma que resulta más favorable para el actor, pues aunque en ella se establece un porcentaje del 75% para recibir la prestación; se incluyen todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

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.

2. 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.

3. 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, 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.

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

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.

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:

“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

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

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 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 VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA 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.

En tercer lugar porque 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.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales⁶, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012⁷, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, observando los parámetros fijados jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos⁸.

4. Consideraciones previas

Previo a decidir de fondo la presente acción, encuentra la Sala que el apoderado del accionante mediante escrito visible a folio 25 del expediente de tutela, solicita

⁶ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004. e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁷ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁸ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse la siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **3)** , 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Víctor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

que se adicione el auto del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual se dispuso la admisión de la demanda, toda vez que en el mismo no se realizó ningún pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas en los numerales 3º y 4º del capítulo IV de la demanda de tutela.

Las pruebas solicitadas por el actor hacen referencia a la copia del expediente administrativo mediante el cual la Universidad Nacional de Colombia da cumplimiento a lo dispuesto en el fallo acusado; y a la certificación de las mesadas pensionales pagadas al actor durante el año 2012.

Al respecto se observa, que si bien en el auto de 14 de diciembre de 2012 no se hizo alusión a las pruebas solicitadas por el accionante en el escrito de tutela, por no ser necesarias para establecer la presunta vulneración de derechos fundamentales; la Universidad Nacional de Colombia en el escrito de intervención se refiere a las mismas, y aporta los certificados peticionados por el actor, razón por la cual no resulta procedente la solicitud presentada por el apoderado de la parte actora en este sentido.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si se vulneró algún derecho fundamental del actor con la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se modificó el monto de la pensión de jubilación; se excluyó lo devengado por vacaciones y quinquenio de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión; y se declaró la prescripción de unas mesadas pensionales, pese a que la demanda fue interpuesta por el actor en procura de obtener la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios.

6. Caso concreto

En síntesis, el apoderado del accionante plantea la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social y al acceso a la administración de justicia, por cuanto considera que en la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por José Miguel Ángel Moya contra la Universidad Nacional de Colombia, se incurrió en error al exceder la

competencia que le fue otorgada por el legislador, toda vez que consideró que la pensión mensual vitalicia de jubilación del actor se regía por la Ley 33 de 1985 y no por el Acuerdo 020 de 1990, dictado por el Consejo Superior Universitario, como fue inicialmente reconocida; lo cual no fue cuestionado en la demanda, sino que fue planteado por la entidad demandada como excepción.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario revisar en primer lugar el contenido de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de octubre de 2012, en la cual se indicó:

“(…) es menester indicar que los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990 suscritos por el Consejo Superior Universitario, se tornan contrarios al ordenamiento constitucional dado que respectivamente, normalizan el procedimiento de liquidación de las prestaciones sociales y precisan el régimen laboral y los derechos de los empleados públicos, siendo esto como menciona el artículo precitado⁹ competencia exclusiva del Gobierno Nacional, en cumplimiento de los lineamientos legales que hace el Congreso de la República.

Si bien resulta que aquellas situaciones consolidadas por parte de los empleados públicos de los entes estatales Universitarios bajo estas preceptivas resultan ilegales, dado que sobrepasan los límites que se imponen a la autonomía universitaria, es también cierto que constituyen derechos adquiridos para estos empleados. Ya que la consolidación se logró con el cumplimiento cabal de los requisitos que las preceptivas legales ó extralegales (acuerdos) en su momento le imponen a la adquisición de aquellos beneficios laborales.

La parte actora pretende que se le aplique el Acuerdo 02 (sic) de 1990 y la Ley 33 de 1985 al mismo tiempo, al respecto deja claro la Sala que como se ha dicho en distintos pronunciamientos no es posible aplicar una mixtura de regímenes, ya que no se puede desconocer el principio de inescindibilidad de las normas; por lo que de conformidad con las pretensiones de la demanda y en virtud del principio de favorabilidad, se tendrá en cuenta la Ley 33 de 1985, por resultar más benéfica, toda vez que, a diferencia del Acuerdo, ésta incluye en la liquidación de la mesada pensional todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, aun cuando el porcentaje sea del

⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 150, numeral 19, literales e), f) y g).

75%, tal como lo ha venido considerando el Consejo de Estado en casos similares.

(...)

Se tiene entonces, que según lo expresado en la norma antes trascrita¹⁰, la pensión de jubilación del actor debía liquidarse con el 75% de aquellos factores determinados por la preceptiva en referencia; esto, por cuanto en el inciso segundo se establece que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los factores indicados en la misma, en tratándose de servidores del orden nacional.

En cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, indicó el tribunal, que de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se debe incluir en la liquidación pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, equivalente al 75% del salario mensual.

Asimismo, manifestó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que:

“(...) la entidad accionada efectuó mal la liquidación toda vez que tuvo en cuenta los últimos 7 años de servicio del actor, en aplicación conjunta de la Ley 100 de 1993; cuando la norma aplicable al caso señala que se deben computar son los factores del último año de servicio.

En este orden de ideas se tiene que verificados los actos administrativos demandados estos no se expidieron conforme a derecho, toda vez que confrontados los mismos con las normas legales aplicables, comentadas y parcialmente transcritas en esta providencia no se liquidó la pensión de jubilación incluyendo el 75% de los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio. En consecuencia, se confirmará parcialmente la decisión del a quo, que acreditó a las pretensiones de la

¹⁰ Ley 33 de 1985, artículos 1º y 3º. Ley 62 de 1985, artículo 1º.

demanda, en el sentido de ordenar a la accionada a efectuar dicha reliquidación a favor del demandante teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales devengado (sic) en el último año, es decir, **salario, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios, subsidio de alimento y transporte, horas extras, recargos, horas festivas y horas extras festivas. Situación que no desmejora el derecho de la parte demandante, pues si bien se reduce un 5% el porcentaje reconocido, la mesada pensional se incrementa con la inclusión de todos los factores salariales mencionados.**

La Sala no comparte la decisión de primera instancia, respecto a la inclusión de las vacaciones en la orden de reliquidación pensional, ya que éstas no constituyen factor salarial, pues equivalen al servicio que se paga estando en vacaciones, y de reconocerse implicaría un pago doble de salario. Igualmente se aparte (sic) de la inclusión del quinquenio, toda vez que éste no fue devengado en el último año de servicio, por lo que se modificará el numeral Sexto (6°).

(...)

Importante resulta advertir que el reconocimiento pensional se efectuó el 11 de junio de 2001, condicionando los efectos al retiro definitivo del servicio que operó el 1° de julio de 2001, por lo que desde esa fecha deberá reajustarse y reliquidarse la pensión que le viene reconocida (sic) a la demandante; pero, en razón de la **prescripción trienal** de las mesadas pensionales (sic), el pago de la reliquidación ordenada en éste proveído será a partir del 7 de octubre de 2007, teniendo en cuenta que la presentación del derecho de petición de reliquidación de la pensión se radicó el 30 de septiembre de 2002, y vencido el término de interrupción de la prescripción de 3 años, se presentó la demanda el 7 de octubre de 2010. (...)" (Negritas y subrayado fuera del texto).

Una vez revisado el contenido de la providencia acusada, observa la Sala que el tribunal argumentó su decisión en que a su juicio el contenido de los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990 expedidos por el Consejo Superior Universitario resultan inconstitucionales, por cuanto en ellos se establece el procedimiento para liquidar las prestaciones sociales de los empleados de la Universidad Nacional de Colombia y se precisa el régimen laboral y prestacional de los mismos; lo cual es competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que al no ser posible aplicar lo dispuesto en dichos actos administrativos para reconocer y liquidar la pensión de jubilación del actor, las disposiciones más favorables para el accionante en relación con la prestación reconocida, son las contenidas en la Ley 33 de 1985, razón por la cual procedió a revisar frente a esta norma el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional, los factores de liquidación que se deben incluir y el ingreso base de liquidación a tener en cuenta.

A juicio del apoderado del actor, dicha conducta adoptada por el juez de segunda instancia constituye una clara vulneración de los derechos fundamentales de su poderdante, toda vez que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentada por el hoy accionante con el fin de que se reliquidara su pensión de jubilación modificando el periodo que se tuvo en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, por lo que considera que no era posible estudiar la normatividad bajo la cual se debió reconocer la prestación indicada.

Visto lo anterior, encuentra la Sala que le asiste razón a la parte actora al considerar que el tribunal accionado carecía de competencia para analizar bajo que norma se debía regir el reconocimiento pensional de José Miguel Ángel, pues la controversia planteada por el actor se refería exclusivamente al periodo que se debía tener en cuenta para establecer el monto de la pensión de jubilación.

De acuerdo al artículo 85¹¹ del C.C.A., la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se puede interponer por todas aquellas personas que consideren que con un acto administrativo se les lesionó un derecho amparado en una norma jurídica, situación ante la cual pueden solicitar que se declare la nulidad del acto administrativo y pedir que se les restablezca su derecho.

¹¹ Artículo 85. “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.”

Teniendo en cuenta el contenido de la norma indicada en el párrafo anterior, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se presenta contra el acto administrativo, o parte de éste, que lesiona un derecho a quien acciona, lo cual limita la competencia del juez de conocimiento, que se circunscribe a estudiar los actos acusados en lo que resultan desfavorables a la parte activa del proceso.

Lo anterior sin perjuicio de que si la parte demandada presenta demanda de reconvención, el juez quede habilitado para emitir un pronunciamiento sobre puntos diferentes a los cuestionados inicialmente en la demanda, pues bajo dicho supuesto la competencia del juez de conocimiento cambia, por lo que puede decidir sobre aspectos que le sean desfavorables a la parte demandante.

Sin embargo, en el caso bajo estudio, encuentra la Sala que no se presentó demanda de reconvención, por lo que no era posible que el juez de segunda instancia emitiera ningún juicio sobre aspectos diferentes a los planteados en la demanda, que se buscaba la nulidad parcial de los actos administrativos que reconocieron la pensión de jubilación al actor y que reliquidaron la misma prestación, en lo que se refiere al periodo que se tuvo en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional.

Quiere decir entonces, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, excedió su competencia al considerar que la pensión de jubilación del señor José Miguel Ángel Moya debió reconocerse con fundamento en lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, y no con el Acuerdo 020 de 1990; ya que sobre este punto el demandante no consideró que se le vulnerara ningún derecho, por lo que no fue objeto de demanda.

De acuerdo a lo anterior, las consideraciones realizadas por el tribunal acusado, con las cuales se abordó el estudio de los factores salariales que se debían incluir en la liquidación de la prestación reconocida, igualmente sobrepasaron su competencia, ya que cuestionaron la normatividad aplicable sobre este punto, lo cual tampoco fue objeto de demanda.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación realizada en el fallo de segunda instancia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según la cual la decisión adoptada en dicha instancia, de estudiar el reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 *“no desmejora el derecho de la parte demandante, pues si bien se reduce un 5% el porcentaje reconocido, la mesada pensional se incrementa con la inclusión de todos los factores salariales mencionados.”*, considera la Sala que carece de sustento probatorio, pues no se encuentra en el proceso ordinario la existencia de documento alguno que corrobore dicha afirmación.

Por el contrario, dentro del trámite de la acción de tutela se solicitó a la Universidad Nacional de Colombia que certificara lo devengado por el actor por pensión de jubilación, aplicando lo resuelto en el fallo acusado, y lo reconocido sin la misma liquidación, observándose que existe diferencia cuantitativa que perjudica al actor.

Bajo los anteriores argumentos, la Sala encuentra vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del señor José Miguel Ángel Moya y por ende se accederá al amparo invocado.

Finalmente, para la Sala, no resulta válida la afirmación realizada por el apoderado del actor, sobre la falta de competencia del fallador de segunda instancia para pronunciarse sobre la excepción de prescripción, bajo el argumento de que en el recurso de apelación se infirió que el juez de primera instancia no hizo alusión a esta excepción, lo cual a su juicio resulta erróneo.

Al respecto, se indica que el argumento expuesto por el recurrente en la apelación, no es cierto; pues el Juzgado Veintidós Administrativo de Bogotá al resolver de fondo el asunto, sí estudió la prescripción de la reliquidación de las mesadas reclamadas, pero si no se hubiera estudiado esta excepción, ello no constituiría impedimento para que el Tribunal, al resolver el recurso interpuesto contra la sentencia del 18 de noviembre de 2011 pueda pronunciarse sobre ésta excepción,

teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A., en el cual se establece que “(...) *En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada. (...)*”.

Bajo los argumentos que anteceden, se tutelarán los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social invocados por el accionante; y en consecuencia se dejará sin efectos la sentencia del 10 de octubre de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y se ordenará a dicha Corporación que dicte dentro de los 20 días siguientes a la notificación de la presente providencia como juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, una nueva sentencia en la que se analicen los aspectos que aquí se estudiaron.

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,

F A L L A

PRIMERO: TUTÉLANSE los derechos al debido proceso y a la seguridad social de José Miguel Ángel Moya, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DÉJESE SIN EFECTOS la sentencia de 10 de octubre de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, presentado por el hoy actor contra la Universidad Nacional de Colombia, con radicación No. 2010-00420.

TERCERO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en el término de 20 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, dicte como juez de segunda instancia, una nueva sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento indicado, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA