

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Recuento jurisprudencial / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial / VIA DE HECHO - Noción / VIA DE HECHO - Configuración / VIA DE HECHO - Vicios o defectos / VIA DE HECHO - Defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto orgánico y defecto procedimental

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.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 40

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional

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.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Presupuestos para su procedencia excepcional

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.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Causales de procedibilidad / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia por relevancia constitucional

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.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Reiteración de la posición actual de la Sala Plena del Consejo de Estado / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia de la acción de tutela cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012, 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 expuestos.

NOTA DE RELATORIA: En lo atinente a la providencia de Sala Plena del Consejo de Estado que modificó el criterio jurisprudencial en el sentido de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando aquella viole derechos fundamentales, consultar: sentencia del 31 de julio de 2012, expediente: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González.

RELIQUIDACION DE PENSION DE JUBILACION - Dragoneante del INPEC / DRAGONEANTE DEL INPEC - Beneficiario del régimen de transición en pensión de jubilación / REGIMEN PENSIONAL ESPECIAL APLICABLE AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL DEL INPEC - Ley 32 de 1986 / FACTORES SALARIALES DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA NACIONAL DEL INPEC - Decreto 1045 de 1978 / LIQUIDACION DE LA PENSION DE VEJEZ - Factores salariales / SOBRESUELDO - Constituye factor de salario en los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional / DECRETO 446 DE 1994 - Régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC

Para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio. Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de tutela, y lo acreditado en el proceso ordinario, resulta evidente que el hoy actor de tutela, es beneficiario del régimen de transición, tal y como lo verificó el Juez del proceso ordinario. Ahora con relación al monto pensional, se debe destacar

que la jurisprudencia de esta Sección ha sido reiterativa en señalar que el régimen de transición hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión y de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje. En este orden el derecho pensional del actor queda regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986, toda vez que éste es el régimen pensional especial aplicable al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Sobre la liquidación del derecho pensional debe precisar la Sala que acorde con el anterior planteamiento y atendiendo a que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación es procedente, remitirse a los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que establecen que en los aspectos no regulados se aplicaran las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional. Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hace referencia el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, lo era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1 inciso segundo y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978, tal y como lo dispuso en su parte considerativa la sentencia acusada. Así las cosas, aún cuando el análisis normativo que efectúa el Tribunal en la sentencia de 30 de abril de 2012, fue acertado, se advierte que éste excluye de los factores de liquidación para determinar el monto de la pensión del señor Álzate Acevedo, el sobresueldo, argumentando que éste emolumento no se encontraba taxativamente señalado en el Decreto 1045 de 1978 y por lo tanto no debía hacer parte dentro de la base de liquidación pensional de la pensión de vejez del actor. Al respecto es preciso indicar que el Decreto 446 de 1994, por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, lo regula... De lo anterior, se colige que los miembros del cuerpo de Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, como contraprestación a sus servicios tendrán derecho a una asignación mensual fija denominada sobresueldo que constituye factor de salario, emolumento que se retribuye de manera directa al empleado junto con su asignación mensual. Así, como quiera que existe una norma especial que establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, esto es, el Decreto 446 de 1994 y en este se determina que el sobresueldo constituye factor de salario, dicha normatividad debía haberse tenido en cuenta por el Tribunal al momento de proferir la sentencia de segunda instancia que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Álzate Acevedo, excluyendo la figura del sobresueldo.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 32 DE 1986 - ARTICULO 96 / LEY 32 DE 1986 - ARTICULO 114 / DECRETO 407 DE 1994 - ARTICULO 168 / DECRETO 407 DE 1994 - ARTICULO 184 / DECRETO 1045 DE 1978 / DECRETO 446 DE 1994

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Violación del derecho fundamental al debido proceso del actor por defecto sustantivo de la providencia judicial / SOBRESUELDO - Constituye factor de salario para liquidar la pensión de vejez en los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional

Se amparará el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en tanto se observa que en la providencia emitida por el Tribunal accionado incurrió en defecto sustantivo, al tomar una decisión contrariando el ordenamiento jurídico que regula el tema prestacional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, pues no tuvo en cuenta que el sobresueldo fue devengado por el accionante en el último año de servicio y en virtud de lo expuesto en el referido decreto, este emolumento constituye factor de salario para liquidar la pensión de vejez del hoy actor en tutela.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01193-00(AC)

Actor: JAVIER DE JESUS ALZATE ACEVEDO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Decide la Sala la acción de tutela presentada por Javier de Jesús Álzate Acevedo, contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

La solicitud y pretensiones

El señor Javier de Jesús Álzate Acevedo, por conducto de apoderado judicial en ejercicio de la acción de tutela, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso que estimó lesionados por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por la decisión adoptada el 30 de abril de 2012, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el hoy el actor contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó: I) se amparen los derechos fundamentales a la igualdad y al de debido proceso; II) se deje sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de abril de 2012; III) se profiera

una nueva sentencia ordenando a la entidad accionada reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluyendo el sobresueldo recibido.

Los hechos

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

Indicó que laboró al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – desde el 7 de mayo de 1984 hasta el 31 de diciembre de 2008, y de conformidad con las disposiciones que regulan el régimen prestacional y pensional del personal de cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, el 7 de junio de 2004, adquirió el estatus pensional por haber cumplido el tiempo de servicio de 20 años.

Señaló que la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL – mediante Resolución No. 48688 de 5 de octubre de 2007, le reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación en cuantía de \$686.048.90, a partir del 1° de enero de 2006, aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según el cual la base para liquidar la pensión, corresponde al **“promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliando durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión”**.

Inconforme con la anterior decisión, mediante escrito de 14 de julio de 2009, solicitó a la entidad demandada que procediera a reliquidar el monto de su pensión, teniendo en cuenta el promedio mensual del salario que devengó en el último año de servicio, toda vez que le era aplicable el régimen pensional especial establecido en los artículos 1, 2, 86 y 114 de la Ley 32 de 1986 y 1, 126, 168, 184 del Decreto 407 de 1994.

Manifestó que Cajanal mediante Resolución No PAP 003100 de 12 de febrero de 2010, ordenó la reliquidación del monto de su pensión en cuantía de \$896.201.00, así como determinó que el pago debería hacerse a partir del 1° de enero de 2009.

Explicó que Cajanal en la expedición del referido acto administrativo interpreta equivocadamente la Ley 32 de 1986, pues reconoce el tiempo de servicio de los

20 años para otorgarle la pensión, pero en la base de liquidación del monto de la misma no le tiene en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

En virtud de lo anterior formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo reparto le correspondió al Juzgado Único Administrativo de Cartago – Valle del Cauca, quien mediante sentencia de 12 de abril de 2011 accedió a las pretensiones de la demanda ordenando a la entidad demandada reliquidar su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Afirmó que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, profirió sentencia el 30 de abril de 2012, confirmando la providencia expedida por el juez de primera instancia, pero modificándola en el numeral tercero de su parte resolutive en el sentido de indicar que la pensión debe reliquidarse teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicio, con excepción del sobresueldo, la bonificación por recreación y el sueldo por vacaciones.

Considera que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, incurrió en defecto material o sustantivo, porque no le aplicó las disposiciones especiales que regulan el régimen prestacional de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que le otorgan al sobresueldo la naturaleza de factor salarial.

Agregó que la referida providencia cometió un defecto fáctico, al no tener en cuenta su certificación de factores salariales expedida por el INPEC y allegada al proceso ordinario, que señalaba que el sobresueldo constituye factor de salario y debía incluirse en la base de liquidación pensional.

Finalmente, señaló que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en su providencia desconoció el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, según el cual en la base de liquidación de las pensiones se debe incluir todos los factores salariales devengados por el interesado en el último año de servicio.

Intervenciones

Mediante providencia del 6 de junio de 2013, 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. 104 - 105).

Surtidas las comunicaciones de rigor, **el Juzgado Primero Oral Administrativo de Cartago – Valle del Cauca**, (fls 116 – 120) manifestó que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de excluir como factor el sobresueldo devengado por el actor a pesar de que éste fue reconocido por CAJANAL EICE en vía gubernativa, y no era objeto de discusión en el proceso, incurrió en defecto fáctico, que hace procedente el amparo de tutela.

Afirmó que el sobresueldo fue reconocido como factor pensional en el procedimiento administrativo, tal y como se desprende de la Resolución No. PAP 0031000 de 12 de febrero de 2010, proferida por CAJANAL, por lo que no es viable, por vía judicial desmejorar los derechos reconocidos en el procedimiento administrativo, más aún cuando éstos no son objeto de la litis, puesto que en el presente caso CAJANAL no fue quien presentó la demanda ni reconvino, situaciones en las cuales habría sido posible examinar la legalidad de la inclusión del sobresueldo como factor pensional.

Precisó el Juzgado que el Tribunal desconoció el material probatorio existente en el proceso, esto es, los factores que habían sido reconocidos vía gubernativa y que se encuentran referenciados en el acto administrativo demandado, los cuales no podían ser modificados por vía judicial, ya que la decisión de segunda instancia hizo más gravosa la situación de quien presentó la demanda.

Por lo anterior, solicita acceder al amparo de tutela y en consecuencia dejar sin efecto la sentencia de 30 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Por su parte, **la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP**, mediante escrito visible a folios 121 - 122, señaló que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria, sólo procede en forma excepcional contra providencias judiciales por la ocurrencia de una vía de hecho, cuando el juez en forma arbitraria y caprichosa y con fundamento en su sola voluntad actúa en absoluta desconexión del

ordenamiento jurídico, situación que no se presenta en el caso *sub examine*, pues al tutelante no se le ha violado derecho fundamental alguno, teniendo en cuenta que tanto las actuaciones procesales como el fallo se encuentran ajustados a derecho.

Replicó que en el presente asunto no se demuestra claramente por el tutelante que la providencia del Tribunal presentó un defecto sustantivo, pues no se explica cual fue la error de la autoridad judicial en la aplicación de la norma al caso concreto.

En virtud de lo anterior, solicita negar por improcedente la acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Álzate Acevedo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

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

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.

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 inexecuibilidad 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 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”.

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.

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

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 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.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al proferir la sentencia de 30 de abril de 2012, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, del señor Javier de Jesús Alzate Acevedo.

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.

Caso concreto

En síntesis, el accionante plantea la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, por cuanto considera que la sentencia de 30 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, incurrió en defecto material o sustantivo, porque no le aplicó las disposiciones especiales que regulan el régimen prestacional de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que tienen en cuenta al sobresueldo como un factor de salario.

Agregó el accionante que la referida providencia cometió un defecto fáctico al no tener en cuenta su certificación de factores salariales expedida por el INPEC y allegada al proceso ordinario, con la cual se demostraba que el sobresueldo que devengaba era factor de salario y debía incluirse en la base de liquidación de su pensión.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se destacan a continuación los siguientes hechos relevantes:

- El señor Javier de Jesús Alzate Acevedo, laboró al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC -, desde el 7 de mayo de 1984 hasta el 31 de diciembre de 2008, y su último cargo fue de Dragoneante código 4114, grado 11, de la planta de personal de la entidad.
- Mediante Resolución No. 48688 de 5 de octubre de 2007, CAJANAL le reconoció y ordenó pagar al señor Alzate Acevedo una pensión de jubilación, en cuantía de \$686.048.90 (fls 63 – 67 cuad anexo).
- Que el pensionado solicitó ante CAJANAL la reliquidación de su pensión, y la entidad mediante Resolución No. PAP 003100 de 20 de enero de 2010, ordenó el reajuste solicitado, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, tomando como factores la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y el sobresueldo (fls 56 – 62 cuad anexo)
- Inconforme con la anterior decisión el señor Javier de Jesús Alzate Acevedo, formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante

el Juzgado Único Administrativo de Cartago – Valle del Cauca, contra la Resolución PAP 003100 de 20 de enero de 2010, y solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (fls 1-25 cuad anexo).

- Dentro del trámite del proceso ordinario, la entidad certificó que el señor Javier de Jesús Álzate Acevedo, devengó en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2008 anterior a su retiro los siguientes factores: sueldo, sobresueldo, prima de antigüedad, bonificación por servicios, prima de servicios, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y transporte, prima de navidad y bonificación especial de recreación, (fl 72 cuad anexo).
- El Juzgado Único Administrativo de Cartago Valle del Cauca, en sentencia de 12 de abril de 2011 accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar la pensión con base en el 75% del salario promedio mensual devengado por el señor Javier de Jesús Álzate Acevedo, durante el último año de servicio con inclusión de los siguientes factores salariales: sueldo, sobresueldo, subsidio de alimentación y de transporte, doceavas partes de la bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad (fls 30 – 40).

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al desatar el recurso de apelación interpuesto por CAJANAL, mediante sentencia de 30 de abril de 2012, confirmó la sentencia de primera instancia y la modificó en el sentido de indicar que los factores a tener en cuenta al momento de la reliquidación de la pensión eran: el sueldo básico, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación y de transporte, excluyendo el sobresueldo por cuanto éste no es un factor enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (fls 41 - 54):

La sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, textualmente argumentó lo siguiente, (fls 41 - 54):

“(…) Ahora bien, el régimen aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, por lo que por

remisión del artículo 114 de la Ley 32 de 1986, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

(...)

Advierte la Sala, que las Leyes 33 y 62 de 1985, si bien se encontraban vigentes al momento de expedirse la Ley 32 de 1986, no resultan aplicables al caso bajo estudio, pues estas disposiciones expresamente excluyeron a los servidores, que como el accionante, se encuentran amparados por un régimen especial, por lo tanto, la norma a aplicar en el presente caso es la Ley 4ª de 1966, la cual ordena que la pensión de jubilación se liquida sobre todos los factores devengados en el último año de servicios. (...)

Empero la citada norma no establece los factores de salario, para liquidar la pensión se aplicará en el sub-lite lo preceptuado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación (...)

De suerte que, el acto que aquí se controvierte al negar la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio, desconoce el régimen especial de pensión de jubilación a que se ha hecho referencia y contraviene los citados estatutos legales, tal y como lo detectó el a-quo.

Bajo este contexto, con base en el material probatorio allegado al expediente es posible inferir (sic) hesitación alguna, que el accionante reunió los requisitos para gozar del régimen especial de pensiones en la Ley 32 de 1986, circunstancia que permite colegir que tiene derecho a que CAJANAL le liquide su pensión incluyendo los aludidos factores salariales.

Con la certificación salarial obrante en el expediente, quedó acreditado que el actor devengó, durante el último año de servicios, comprendido entre el 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008, sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios, prima de servicios, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad y bonificación especial por recreación.

Así las cosas, la pensión reconocida a favor del actor debe reliquidarse incluyendo como factores salariales sueldo básico, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación y auxilio de transporte, **excluyendo por lo tanto, los factores salariales correspondientes al sobresueldo, la bonificación especial por recreación y el sueldo por vacaciones, por cuanto éstos no aparecen dentro de los factores enlistados por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.** En este punto, la providencia de primera instancia será modificada, habida cuenta que el a-quo, incluyó para efectos de la reliquidación pensional, el sobresueldo. (...)" (negrilla fuera de texto).

Una vez revisado el contenido de la providencia acusada, procede la Sala a estudiar, el argumento expuesto por el actor referente al defecto material o sustantivo, en que incurrió la referida sentencia al no aplicarle las disposiciones especiales que regulan el régimen prestacional de los empleados del Instituto

Nacional Penitenciario y Carcelario, que tienen en cuenta al sobresueldo como un factor de salario.

Sobre el punto, es preciso señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, el 21 de febrero de 1994 se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986.

En efecto, el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986, disponía los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. En los siguientes términos:

“Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.”.

No obstante lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993 el cual dispuso la aplicación general de sus disposiciones y no incluyó al INPEC dentro de los regímenes especiales exceptuados de las mismas (artículo 279). Sin embargo, la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen transición, previsto en su artículo 36, permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, **en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión**, por las disposiciones normativas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones. Para mayor ilustración se transcribe el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“Art. 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de

las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Sobre este particular, debe decirse que la disposición en materia pensional vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional era la Ley 33 de 1985 la cual, si bien es cierto en su artículo 1° fijó los requisitos de tiempo y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación, también es cierto que excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC.

En efecto, el citado artículo 1° dispuso:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).”

De este modo, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio⁹.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de tutela, y lo acreditado

⁹Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”, Sentencia del 22 de abril de 2010, Radicado. No. interno 0858 -09, Consejero Ponente. Gerardo Arenas Monsalve.

en el proceso ordinario, resulta evidente que el hoy actor de tutela, es beneficiario del régimen de transición, tal y como lo verificó el Juez del proceso ordinario.

Ahora con relación al monto pensional, se debe destacar que la jurisprudencia de esta Sección ha sido reiterativa en señalar que el régimen de transición hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión y de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje¹⁰.

En este orden el derecho pensional del actor queda regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986, toda vez que éste es el régimen pensional especial aplicable al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Sobre la liquidación del derecho pensional debe precisar la Sala que acorde con el anterior planteamiento y atendiendo a que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación es procedente, remitirse a los artículos 114 de la Ley 32 de 1986¹¹ y 184 del Decreto 407 de 1994¹², que establecen que en los aspectos no regulados se aplicaran las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hace referencia el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, lo era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión

¹⁰ Sentencias proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda del 21 de junio de 2007, Radicado Número 0950 - 06, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero; del 21 de Septiembre de 2000, Radicación Número: 470-99, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda y el 5 de noviembre de 2009, Radicación Número: 0534-08, Consejero Ponente. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

¹² ARTÍCULO 184. NORMAS SUBSIDIARIAS. En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales.

expresa en el artículo 1° inciso segundo¹³ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978¹⁴, tal y como lo dispuso en su parte considerativa la sentencia acusada.

Así las cosas, aún cuando el análisis normativo que efectúa el Tribunal en la sentencia de 30 de abril de 2012, fue acertado, se advierte que éste excluye de los factores de liquidación para determinar el monto de la pensión del señor Álzate Acevedo, el sobresueldo, argumentando que éste emolumento no se encontraba taxativamente señalado en el Decreto 1045 de 1978 y por lo tanto no debía hacer parte dentro de la base de liquidación pensional de la pensión de vejez del actor.

Al respecto es preciso indicar que el Decreto 446 de 1994, por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, lo regula en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. SOBRESUELDO. Los Directores, Subdirectores y los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, deberán laborar y estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio. **Como contraprestación tendrán una asignación mensual fija denominada sobresueldo que constituye factor de salario** y que se pagará de acuerdo con lo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984, o en los que lo modifiquen o sustituyan. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De lo anterior, se colige que los miembros del cuerpo de Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, como contraprestación a sus servicios tendrán derecho a una asignación mensual fija denominada sobresueldo

¹³ La Ley 33 de 1985, en su artículo 1° inciso segundo establece: “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

¹⁴ Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

que constituye factor de salario, emolumento que se retribuye de manera directa al empleado junto con su asignación mensual.

Así, como quiera que existe una norma especial que establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, esto es, el Decreto 446 de 1994 y en este se determina que el sobresueldo constituye factor de salario, dicha normatividad debía haberse tenido en cuenta por el Tribunal al momento de proferir la sentencia de segunda instancia que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Álzate Acevedo, excluyendo la figura del sobresueldo.

Lo anterior, porque no se puede desconocer que este rubro fue devengado por el accionante, en el último año que prestó sus servicios al INPEC, tal y como lo acreditó al interior del proceso ordinario con la certificación de factores salariales expedida por el pagador de la entidad.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto, el señor Javier de Jesús Álzate Acevedo tiene derecho a la reliquidación de su prestación incluyendo los factores salariales señalados en el Decreto 1045 de 1978, y también el sobresueldo que como quedó demostrado fue devengado en el último año de servicio y es considerado por el artículo 17 del Decreto 446 de 1994 ya citado como un factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales. Rubro este que el señor Álzate Acevedo venía percibiendo de manera habitual como contraprestación directa de sus servicios, haciendo parte integral de su salario.

Así las cosas, se amparará el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en tanto se observa que en la providencia emitida por el Tribunal accionado incurrió en defecto sustantivo, al tomar una decisión contrariando el ordenamiento jurídico que regula el tema prestacional de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, pues no tuvo en cuenta que el sobresueldo fue devengado por el accionante en el último año de servicio y en virtud de lo expuesto en el referido decreto, este emolumento constituye factor de salario para liquidar la pensión de vejez del hoy actor en tutela.

En este sentido la Sala dejará sin efecto el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de abril de 2012, dentro del

proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el hoy accionante contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL; y ordenará a dicha Corporación que dicte una nueva sentencia teniendo en cuenta lo considerado en la presente 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,

FALLA

PRIMERO: TUTÉLANSE el derecho fundamental al debido proceso del señor Javier de Jesús Álzate Acevedo, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DÉJASE SIN EFECTOS la sentencia del 30 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Javier de Jesús Álzate Acevedo contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

TERCERO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca 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 la accionante, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia.

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