

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Proferida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEFECTO SUSTANTIVO Y DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – Configuración porque no se efectuó una interpretación sistemática conforme a la sentencia C-314 de 2004 / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN DE VEJEZ CON FUNDAMENTO EN CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO / DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA - Distinción entre empleados públicos y empleados oficiales

“Para la universidad actora sus derechos fundamentales resultaron vulnerados por el Tribunal demandado por incurrir en un defecto sustantivo al dictar la sentencia que revocó el fallo de primera instancia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para en su lugar, disponer el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora [L.L.B.] con fundamento en las letras b y d del artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976. (...) para la Sala el Tribunal demandado incurrió en el desconocimiento del precedente [sentencia C - 314 de 2004, según la cual los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales] porque a pesar de que efectuó un análisis de las normas en cuestión (artículo 146 de la Ley 100 de 1993, de su sentencia de constitucionalidad y de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención), lo cierto es que no verificó de forma previa si en razón de la calidad de empleo de la señora [L.L.B.] le eran aplicables tales disposiciones. En otras palabras, la autoridad judicial acusada para concluir que había lugar a ordenar el reconocimiento de la pensión bajo la referida convención colectiva, debía establecer desde un inicio si la señora [L.L.B.] era una empleada pública o no, ya que el ejercicio del derecho de negociación colectiva se encuentra restringido a quienes ostenten una vinculación legal y reglamentaria, como lo son los empleados públicos, en tanto no cuentan con la facultad de las autoridades para fijar unilateralmente las condiciones del empleo. (...) En consecuencia, se revocará el fallo de tutela de primera instancia, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, se accederá a la protección invocada (...).”

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 146

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00794-01(AC)

Actor: UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Temas: Revoca el fallo que negó la solicitud de amparo y, en su lugar, se declara la improcedencia frente a un cargo por no cumplir con el presupuesto de la subsidiariedad y se accede a la protección invocada. Defecto sustantivo y desconocimiento del precedente

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte demandante en contra del fallo del 11 de abril de 2019, proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que negó la acción tutela.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

La parte accionante con escrito recibido el 21 de febrero de 2019, a través de apoderado, ejerció acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico, con el fin de que se protegiera su derecho fundamental al debido proceso, el cual consideró vulnerado con ocasión de la sentencia del 31 de agosto de 2018, que revocó el fallo de primera instancia del 10 de noviembre de 2017, dictado por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla, y en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda ordinaria presentada por la señora Lucero Llanos Borrero con la finalidad de que se le reconociera y pagara una pensión en aplicación del artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo de 19761.

En consecuencia, la parte actora solicitó

«...solicito que se ordene dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia de fecha 31 de agosto de 2018, proferida por la SALA DE DECISIÓN ORAL – SECCIÓN B DEL...TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual funge como demandante la señora LUCERO LLANOS BORRERO y como demandada la mencionada entidad de educación superior, proceso radicado bajo el número 08001-33-33-001-2014-00476-01-W y en su lugar se profiera una nueva decisión corrigiendo el defecto sustantivo que adolece.

...Las demás ordenaciones (sic) que ese máximo tribunal considere pertinentes.»

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

1. Hechos

Sostuvo que los representantes de la universidad, los de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios, seccional Atlántico (ASPU) y los del Sindicato de Trabajadores de la Universidad del Atlántico (SINTRAUA) suscribieron una Convención Colectiva el 5 de abril de 1976 cuyo depósito se efectuó el día 12 del mismo mes y año, con una vigencia inicial del 1° de enero al 31 de diciembre de esa anualidad.

Manifestó que la señora Lucero Llanos Borrero, laboró en la universidad del Atlántico en el cargo de secretaria ejecutiva desde el 5 de marzo de 1979 hasta el 17 de enero de 2007, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación conforme al artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo que

¹ Proceso que se identificó con el radicado «08001-33-33-001-2014-00476-01-W (sic)»

empezó a regir en el año 1976².

Indicó que dicho ente universitario, mediante Resolución 000861 del 30 de abril de 2014 negó la aludida prestación, al considerar que no tenía la competencia para fijar el régimen prestacional de sus empleados públicos, calidad que ostentaba la señora Llanos Borrero y, que por tal motivo, no le era aplicable la referida convención colectiva.

Agregó que la señora Llanos Borrero presentó una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la finalidad de desvirtuar la legalidad del mencionado acto administrativo y, se reconociera dicha pensión y se le incluyeran en la respectiva liquidación los factores salariales y demás emolumentos derivados de la relación laboral.

Indicó que contestó dicha demanda bajo el sustento de que la situación pensional de la señora Llanos Borrero no se había consolidado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues no contaba con los 20 años de servicio ni su relación laboral había terminado y, que no le era aplicable la referida convención colectiva ya que se trataba de una empleada pública y no una trabajadora oficial. Que en sus alegatos de conclusión reiteró dichos argumentos.

Adujo que el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla mediante sentencia del 10 de noviembre de 2017, negó las pretensiones de la precitada demanda, al considerar que no le eran aplicables las disposiciones convencionales debido a que para la fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), ella «...no tenía consolidado y mucho menos reconocido ese derecho».

Refirió que la señora Llanos Borrero apeló la decisión anterior, alzada que resolvió el Tribunal Administrativo del Atlántico y que, en segunda instancia, presentó sus alegatos de conclusión en el mismo sentido de su defensa ante el juzgado, pues existía imposibilidad jurídica de aplicar los beneficios de la convención cuando no mediaban derechos consolidados antes del 30 de junio de 1995, fecha en la entró en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como tampoco se cumplía con los requisitos previstos en la letra b) del artículo 9° del mencionado acuerdo.

Añadió que a través de providencia del 31 de agosto de 2018 revocó el fallo de primera instancia para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto acusado y ordenar el reconocimiento y pago de la «...pensión de vejez de la señora LUCERO LLANOS BORRERO en aplicación de los literales B y D del artículo 9 (sic) de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976...».

Manifestó que en dicha decisión se hizo un análisis del régimen prestacional de los empleados públicos desde la Constitución de 1886, así como de las normas expedidas para tal fin, tales como las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988 hasta la Ley

² «...

b) Con quince (15) o más años de servicio y menos de veinte (20) a cualquier edad si es retirado sin justa causa o renuncie voluntariamente.

...

d) El monto de la pensión mensual de jubilación será equivalente al cinco por ciento (5%) del mayor salario mensual de su categoría por cada año de servicio sin el tope máximo legal.»

100 de 1993, a partir de lo cual se concluyó:

«Todas estas consideraciones nos conducen a entender...que las situaciones jurídicas consistentes en el goce de los derechos pensionales extralegales, vale decir adquirir sin justo título (sic), cuyos beneficiarios son empleados públicos de la Universidad del Atlántico, si se consolidaron o adquirieron antes de la declaratoria de inexequibilidad de la expresión 'o cumplan dentro de los dos años siguientes' contenida en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993...en sentencia C-410 del 30 de junio de 1997, entonces su situación quedó avalada al alcanzar su status en vigencia del artículo 146 que en su inciso segundo preceptuaba que...De (sic) que si sucedió posteriormente, entonces los actos creados del estado de pensionado serían espurios y devendría su declaratoria de nulidad con las consecuencias que el asunto amerite.

Ahora bien aplicando los planteamientos expuestos al caso en concreto advierte la Sala que la Universidad del Atlántico, (sic) es una institución de estudios superiores, creada mediante Ordenanza No. 42 de junio 15 de 1946, emanada de la Asamblea Departamental del Atlántico, adscrita a esa entidad territorial, cuyo representante es su rector.

...»

Agregó, al resolver el caso concreto, lo siguiente:

a) Precisó que la señora Llanos Borrero nació el 15 de octubre de 1960 y que prestó sus servicios en la universidad del Atlántico desde el 5 de marzo de 1979 hasta el 17 de enero de 2007, en el cargo de secretaría ejecutiva.

b) Añadió que el *«...derecho pensional de la señora LUCERO LLANOS BORRERO se consolidó antes del 30 de junio de 1997, data en la cual cumplía un poco más de dieciocho (18) años al servicio de la Universidad del Atlántico, acorde con lo dispuesto en el literal b) del artículo 9° de la convención colectiva de trabajo...»*

c) Aclaró que la continuidad en el servicio de la señora Llanos Borrero, al estar vinculada hasta el 17 de enero de 2007, momento en el que fue suprimido su cargo, no daba lugar a que perdiera la consolidación de su derecho pensional, pues esta situación había quedado resguardada en los términos del artículo 146 de la ley 100 de 1993.

d) Advirtió que la Ley 100 de 1993 entró a regir a más tardar el 30 de junio de 1995 y convalidó las situaciones pensionales de quienes cumplieran requisitos dentro de los dos años siguientes a su entrada en vigencia, por lo que resultaba forzoso el reconocimiento de la *«...pensión de jubilación acorde con la convención colectiva de trabajo, a partir de su retiro definitivo del servicio, en aplicación del artículo 146 ibídem y por mandato del principio de favorabilidad.»*

e) Resaltó que como a tal mandato le sigue el principio de inescindibilidad, para determinar el porcentaje de la liquidación convencional debía acudirse en su integridad a las normas especiales que servían de fundamento, esto es, los *«... literales b) y d) del artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976.»*

f) Señaló que la universidad debía solicitar el reintegro actualizado de los aportes que habían migrado a Colpensiones, pues ello ocurrió cuando ya se había consolidado el derecho pensional en cuestión.

Afirmó que la anterior sentencia se notificó vía electrónica el 8 de noviembre de

2018.

2. Sustento de la petición

Para la parte actora con la sentencia cuestionada se configuró un defecto sustantivo y el «*desconocimiento del precedente*» por lo siguiente:

Sostuvo que el Tribunal demandado incurrió en un vicio de tal naturaleza porque ordenó el reconocimiento de la pensión de la señora Lucero Llanos Borrero, conforme al artículo 9° de la Convención Colectiva de 1976, al considerar de manera errada que su situación pensional quedaba convalidada al amparo del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Alegó que si bien en dicha convención se consagró una pensión, sus destinatarios únicamente son los trabajadores oficiales, mas no los empleados públicos, como lo es el caso de la señora Llanos Borrero.

Recordó que la referida convención colectiva surgió a raíz de un acuerdo entre trabajadores oficiales y la universidad del Atlántico, por tanto, el juez competente que debe conocer de los conflictos que susciten entre estos son los jueces ordinarios laborales.

Resaltó que el ente universitario no tiene competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos, pues de conformidad con la letra e del numeral 19 del artículo 150 superior, tal competencia radica en el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Citó la providencia del 11 de diciembre de 2014, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado³, expediente 2637-2012, en la que se hizo la distinción entre trabajadores oficiales y empleados públicos, cuyo origen se remonta a la Ley 4ª de 1913.

Manifestó que fue con el Decreto 2127 de 1945, que reglamentó la Ley 6ª del mismo año, con el que se permitió la vinculación a través de contratos de trabajo en ciertas actividades y que conforme a la sentencia C-314 de 2004, los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales.

Consideró que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto de tal naturaleza al «...*desconocer una norma evidentemente aplicable al caso concreto, o en el peor de los casos aplicó una norma sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que eran necesarias para hacer una interpretación sistemática (Decreto 1848 numeral 2° del artículo 7 y la jurisprudencia citada precedentemente [C-314 de 2004])*».

4. Actuación procesal en primera instancia

El *a quo* mediante auto de 28 de febrero de 2019 admitió la solicitud de amparo y, en consecuencia, ordenó la notificación de los magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Adicionalmente, vinculó como terceros con interés Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, al departamento del Atlántico y a la señora Lucero Llanos Borrero. Se requirió el expediente objeto de esta acción.

5. Contestaciones

³ Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Surtidas las respectivas notificaciones, se presentaron las siguientes intervenciones:

5.1. Magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Atlántico

Mediante escrito recibido electrónicamente el 19 de marzo de 2019, la referida autoridad se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, por los siguientes motivos:

Expuso que no incurrió en ningún defecto al dictar la providencia demandada, ni vulneró los derechos fundamentales de la universidad accionante.

Precisó que acató las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales del caso, de lo cual pudo concluir que el derecho pensional de la señora Lucero Llanos Borrero se consolidó el 5 de marzo de 1995, cuando cumplió los quince años de servicios para acceder a dicha pensión.

Adujo que para esa fecha la citada señora Llanos Borrero acreditó los requisitos establecidos en la letra b) del artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el ente universitario.

Añadió que, conforme a lo anterior, dicha prestación quedó resguardada por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 (inciso 2°), pues la Ley 100 de 1993 entró a regir a más tardar el 30 de junio de 1995 y convalidó las situaciones pensionales de quienes cumplieran los requisitos dentro de los dos años siguientes a su entrada en vigencia, es decir, hasta el 30 de junio de 1997.

5.2 Lucero Llanos Borrero

A través de escrito recibido el 21 de marzo de 2019, en la oficina de Correspondencia de esta Corporación, la mencionada vinculada solicitó se niegue la solicitud de amparo, al considerar que con la sentencia acusada no se incurrió en defecto alguno.

Manifestó que la providencia cuestionada no es contraria a la Constitución o a la Ley y tampoco se fundó en una interpretación alejada de la razonabilidad, ni es arbitraria o injustificada y su análisis se ajusta a las pruebas aportadas y recaudadas en el proceso, por tanto no quebranta ninguna disposición de carácter procesal o sustancial.

Resaltó que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 sí le resulta aplicable, ya que para la fecha en la que entró en vigencia dicha norma, su derecho pensional ya se había consolidado, por lo que se trata de un derecho adquirido.

Señaló que a la entrada en vigencia de la citada ley, ya llevaba más de dieciocho años de labor ininterrumpidos en la universidad y en tal sentido, debe reconocerse la pensión en un 100% de su último salario y demás emolumentos devengados.

6. Sentencia de primera instancia

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante del fallo del 11 de abril de 2019, luego de indicar que se cumplía con los requisitos generales de procedencia, negó la acción tutela por las razones que se exponen a continuación:

Hizo referencia al contenido de la providencia cuestionada, para destacar que el Tribunal luego de efectuar un análisis normativo y jurisprudencial del caso –en

especial de la sentencia C-410 de 1997-, concluyó que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó los derechos pensionales adquiridos con base en normas territoriales anteriores a su vigencia.

Precisó que la universidad accionante en esta vía constitucional expuso los mismos argumentos que en sede ordinaria, los cuales se resolvieron en la sentencia demandada con una «carga argumentativa suficiente», por lo que no podía convertirse esta acción de tutela en una instancia adicional.

Afirmó que el Tribunal demandado argumentó con suficiencia su decisión, por tanto no le era dable considerar que se haya incurrido en el defecto sustantivo alegado, en tanto esgrimió motivos ponderados y razonables que deben respetarse, en aras de preservar los principios de autonomía e independencia judicial.

7. Impugnación

Mediante escrito recibido el 29 de mayo de 2019⁴, la parte actora impugnó el fallo de primera instancia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en su escrito inicial, solicitó se revoque dicha decisión y, precisó lo siguiente:

Señaló que el Tribunal demandado «...desatendió e inaplicó una norma correspondiente al caso concreto, o que por lo menos debió pronunciarse sobre su aplicación, o no, en el caso concreto, por ser un argumento de defensa del demandado, como lo es el artículo 7, numeral 8, del Decreto 1848 de 1969, y lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004.»

Manifestó que la señora Lucero Llanos Borrero era una empleada pública, de manera que no le era aplicable la referida convención, pues esta beneficiaba era a los trabajadores oficiales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación promovida contra la sentencia de primera instancia, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, así como el Acuerdo 080 de 2019.

2. Problema jurídico

En el asunto bajo estudio, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo impugnado que negó la solicitud de amparo al no encontrar configurado el defecto alegado.

Para efectos de lo anterior, se analizará si la autoridad judicial cuestionada vulneró los derechos fundamentales de la parte accionante al revocar el fallo de primera instancia del 10 de noviembre de 2017, dictado por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda ordinaria presentada por la señora Lucero Llanos Borrero con la finalidad de que se le reconociera y pagara una pensión en aplicación del artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

⁴ La parte impugnante se notificó electrónicamente el 27 de mayo de 2019.

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁵, mediante el cual unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁶, conforme al cual:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.»⁷.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los *«...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...»*.

Es claro que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez y iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará improcedente el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos,

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.

corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirman vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia a partir de cada una de las inconformidades planteadas por la parte impugnante.

3. Caso concreto

Para la universidad actora sus derechos fundamentales resultaron vulnerados por el Tribunal demandado por incurrir en un defecto sustantivo al dictar la sentencia que revocó el fallo de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda ordinaria promovida por la señora Lucero Llanos Borrero en su contra, para en su lugar, disponer el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de aquella con fundamento en las letras b y d del artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976.

Por lo que, en tal sentido, se procederá con el siguiente análisis:

Conforme al sustento de vulneración expuesto por la parte actora, los cuales reiteró con su impugnación, se encuentra que, a su juicio, la autoridad judicial desconoció «... *una norma evidentemente aplicable al caso concreto, o en el peor de los casos aplicó una norma sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que eran necesarias para hacer una interpretación sistemática (Decreto 1848 numeral 2° del artículo 7 y la jurisprudencia citada precedentemente [C-314 de 2004])*».

De manera que, para la Sala el defecto sustantivo no solo se centró en la indebida aplicación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, así como en la convención colectiva; sino que también cuestionó el «*desconocimiento de una norma evidentemente aplicable*» y que «*no tuvo en cuenta otras disposiciones que eran necesarias para efectuar una interpretación sistemática*», a saber, los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968 y, la sentencia C - 314 de 2004, la cual a juicio de la actora, se desconoció.

En relación con el defecto sustantivo, se ha considerado que este se configura cuando la «... *autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contrarie los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica*»⁹.

A su vez, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional se ha referido al precedente de la siguiente manera:

«La Corte Constitucional se ha referido a la figura del precedente como el conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, el cual debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia, teniendo en cuenta su pertinencia para la

⁹ Sentencia T-208A de 2018 de la Corte Constitucional, que cita, a su vez, las sentencias SU 159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras.

*resolución de un problema jurídico. El precedente debe ser anterior a la decisión en la que se pretende aplicar y, además, **debe presentarse una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos.***»¹⁰ (Negrilla fuera del texto).

Adicionalmente, debe precisarse que esta Sección en reiterados pronunciamientos ha indicado que el concepto de precedente hace referencia a la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la *ratio decidendi*, la cual no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho.

Asimismo, se ha destacado que el carácter vinculante de las reglas o subreglas de derecho creadas por las Altas Cortes, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez, a sus funciones asignadas por la norma superior y a la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como, en la coherencia del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la parte que invoca el desconocimiento de un precedente jurisprudencial, debe cumplir con la carga mínima de i) identificar la decisión que considera desatendida, ii) la *ratio* de la misma aplicable a la solución del nuevo caso que se somete a la jurisdicción dada la analogía con la *litis* anterior, y iii) la incidencia de esta en la decisión final que adopte el fallador de instancia.

Al respecto, se encuentra que la universidad accionante en sus intervenciones tanto en primera como en segunda instancia en el proceso ordinario no hizo específicamente referencia a que la pensión de la demandante debía reconocerse bajo la aplicación de tales decretos, sino que siempre refirió la imposibilidad jurídica de que a la señora Llanos Borrero se le reconociera la pensión con fundamento en la convención colectiva, pues no había consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tampoco era una trabajadora oficial¹¹.

Por tanto, la Sala encuentra que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de la subsidiariedad respecto de la aplicación e interpretación sistemática que el juez de instancia debía efectuar de las «otras normas», tales como los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968, pues dicho argumento no fue planteado en las intervenciones que como parte demandada hizo la aquí accionante en el proceso ordinario. En tal sentido, en lo relativo a este aspecto se declarará la improcedencia de la acción de tutela.

Así las cosas, el siguiente análisis se circunscribirá a establecer si con la providencia demandada se desconoció la sentencia C - 314 de 2004 de la Corte Constitucional en consonancia con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 y su sentencia de constitucionalidad (sentencia C - 410 de 1997), así como en la mencionada convención colectiva, a saber:

En relación con la potestad de negociar derivada del tipo de vinculación jurídica del servidor, la Corte Constitucional, en la sentencia C – 314 de 2004, señaló:

«...la posibilidad de negociar convenciones colectivas de trabajo es una potestad derivada del tipo de vinculación jurídica que sujeta al servidor público con la Administración. Ha quedado suficientemente explicado que la convención colectiva de trabajo, entendida como instrumento de negociación

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T - 762 de 2011.

¹¹ Los cuales sí eran destinatarios de la Convención Colectiva.

de las condiciones laborales de los empleados, está reservada únicamente a los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, mientras que aquellos que se encuentran sometidos a una situación legal y reglamentaria están en imposibilidad de negociar sus condiciones laborales. De hecho, no debe olvidarse que 'los trabajadores y los empleados del Estado están subjetivamente en situaciones distintas, y corresponde al legislador definir, racional y proporcionalmente, cuándo un servidor público está cobijado por una u otra regulación'.¹²»

A su vez, en el artículo 9° de dicho acuerdo convencional se contempló lo siguiente:

«La Universidad pagará a los profesores y trabajadores la pensión de jubilación según las siguientes reglas:

a) Con más de diez (10) años de servicio y menos de quince (15) a cualquier edad, y si es retirado sin justa causa, o sesenta (60) años de edad y se retire voluntariamente.

b) Con quince (15) o más años de servicio y menos de veinte (20) a cualquier edad si es retirado sin justa causa o renuncie voluntariamente.

c) Con veinte (20) años de servicio o más, cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato y a cualquier edad.

d) El monto de la pensión mensual de jubilación será equivalente al cinco por ciento (5%) del mayor salario mensual de su categoría por cada año de servicio sin el tope máximo legal.

...» (negrilla fuera del texto original)

Por su parte, el aludido artículo 146 de la Ley 100 de 1993 contempla:

«ARTÍCULO 146. SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES DEFINIDAS POR DISPOSICIONES MUNICIPALES O DEPARTAMENTALES. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o ~~cumplan dentro de los dos años siguientes~~ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley.»

La precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 410 del 28 de agosto de 1997¹³, salvo la expresión tachada que se declaró inexecutable. Esta providencia señala que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores o disposiciones futuras.

¹² Sentencia C-090 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹³ Resolvió: «*Declárase EXEQUIBLE el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión 'o cumplan dentro de los dos años siguientes', la cual se declara INEXEQUIBLE.*»

En lo particular, en esa sentencia de constitucionalidad el Alto Tribunal Constitucional consideró:

«El inciso primero de la norma en referencia se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, según el cual ‘se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones...

Así pues, como lo determina expresamente el inciso primero del artículo 146 de la ley 100, las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, en materia de pensiones de jubilación extralegales, continuarán vigentes, con lo cual se desarrolla el mandato constitucional que ampara los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no son susceptibles de ser alteradas o modificadas por la nueva ley.

*De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, **las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes.***

*Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones **municipales o departamentales** en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de segunda social (ley 100 de 1993).» (Negrilla fuera del texto original).*

Para resolver el caso concreto y, sin que ello constituya un juicio de instancia, pues en la sentencia demandada también se hizo referencia a estos aspectos, en aras de aportar mayor claridad, precisión y concreción del objeto de la presente acción de tutela, para la Sala resulta necesario precisar los siguientes puntos que atañen de manera sustancial a la interpretación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, así como el de la sentencia de constitucionalidad que se interpuso en su contra, a saber:

a) El aparte que fue declarado inexecutable y que permitía la consolidación del derecho pensional dentro de los dos años siguientes a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social, surtió efectos frente a las situaciones pensionales que se consolidaron entre el 30 de junio de 1995 (fecha de entrada en vigencia a nivel territorial de la Ley 100 de 1993, artículo 151) y el 30 de junio de 1997, ya que como la sentencia de constitucionalidad proferida el 28 de agosto de 1997 no

moduló sus efectos, debían entenderse estos hacia el futuro¹⁴.

b) Si bien la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para situaciones jurídicas individuales consolidadas bajo disposiciones municipales, departamentales y convencionales definidas con anterioridad al 30 de junio de 1995 o antes del 30 de junio de 1997; no se pronunció sobre aquellas de índole nacional.

Por lo que en tal sentido, no procede la convalidación de la pensión de orden convencional a un empleado público perteneciente a una universidad de orden nacional, lo cual se determina con el acto de creación del ente universitario¹⁵.

c) El referido artículo validó en favor de empleados territoriales situaciones jurídicas definidas o consolidadas con anterioridad a su vigencia o antes del 30 de junio de 1997, con base en normas municipales, departamentales y convencional, sin hacer distinción de la fuente jurídica de dichas disposiciones de naturaleza territorial; tesis que es respaldada por el Consejo de Estado¹⁶.

d) Lo anterior quiere decir que la jurisprudencia del Consejo de Estado admitió que dentro de las disposiciones del orden territorial se encontraban incluidas las regulaciones de las convenciones colectivas de trabajo.

Así las cosas, la Sala recuerda que el proceso ordinario lo promovió la señora Llanos Borrero con la finalidad de que se anulara la resolución que le había negado la pensión con fundamento en el artículo 9° de la Convención Colectiva de 1976 suscrita entre unos sindicatos y la universidad del Atlántico.

Asimismo, se observa que el juez natural de primera instancia negó las pretensiones, pero que el Tribunal demandado revocó dicha decisión, para en su lugar ordenar el reconocimiento prestacional bajo la referida convención, al considerar que la señora Llanos Borrero había consolidado su derecho antes del 30 de junio de 1997, pues a esa fecha ya cumplía con dieciocho años al servicio de dicho ente universitario, sin entrar a determinar *ab initio* la naturaleza del vínculo laboral de aquella y su incidencia en la decisión.

De igual manera, se advierte que si bien el Tribunal cuestionado destacó que la universidad accionante fue creada mediante la Ordenanza 42 del 15 de junio de 1946, expedida por la Asamblea Departamental y, que se encontraba adscrita a la entidad territorial, no se pronunció respecto de si en virtud del cargo que ostentó como secretaria ejecutiva la señora Llanos Borrero se trataba de empleada pública o una trabajadora oficial.

¹⁴ Conforme al artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Sentencia del 7 de octubre de 2010 (exp. 1484-09): «Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, a pesar de su ilegalidad, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexecutable efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma.»

¹⁵ Al respecto, esta Sección se ha pronunciado respecto de la interpretación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en los fallos del 15 de noviembre de 2018 (exp. 11001-03-15-000-2018-02943-00) y 29 de noviembre de 2018 (exp. 11001-03-15-000-2018-02940-01).

¹⁶ Sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2011 (radicado 08801-23-31-000-2005-02866-03 / 2423-2010). Así como, sentencia del 7 de abril de 2011 (exp. 2073-07) y del 21 de mayo de 2011 (exp. 2333-10 y 1721-08).

Ello, por cuanto se recuerda que el Tribunal demandado luego de hacer referencia a la fecha de nacimiento de aquella, así como del empleo y el tiempo de servicios, concluyó que había lugar a ordenar el reconocimiento pensional solicitado puesto que había consolidado su derecho pensional antes del 30 de junio de 1997, fecha en la que cumplió un *«...poco más de dieciocho (18) años al servicio de la Universidad del Atlántico, acorde con lo dispuesto en el literal b) del artículo 9° de la convención colectiva de trabajo...»*.

Es decir, la Sala encuentra que en la providencia acusada no se efectuó un pronunciamiento que de manera específica analizara lo relativo a la naturaleza del vínculo laboral de la señora Llanos Borrero, aspecto que la Sala considera imprescindible y necesario en el estudio del asunto sometido a su conocimiento, incluso bajo las previsiones del artículo 328 del Código General del Proceso¹⁷, ya que de ello dependía el análisis posterior de si su derecho pensional debía reconocerse conforme a la Convención Colectiva de Trabajadores de 1976 suscrita por la universidad.

Al respecto, resulta del caso recordar que la parte actora consideró que el Tribunal no efectuó una interpretación sistemática conforme a la sentencia C - 314 de 2004, según la cual los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales.

De manera que, para la Sala el Tribunal demandado incurrió en el desconocimiento del precedente antes referido porque a pesar de que efectuó un análisis de las normas en cuestión (artículo 146 de la Ley 100 de 1993, de su sentencia de constitucionalidad y de lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención), lo cierto es que no verificó de forma previa si en razón de la calidad de empleo de la señora Llano Borrero le eran aplicables tales disposiciones.

En otras palabras, la autoridad judicial acusada para concluir que había lugar a ordenar el reconocimiento de la pensión bajo la referida convención colectiva, debía establecer desde un inicio si la señora Llanos Borrero era una empleada pública o no, ya que el ejercicio del derecho de negociación colectiva se encuentra restringido a quienes ostenten una vinculación legal y reglamentaria, como lo son los empleados públicos, en tanto no cuentan con la facultad de las autoridades para fijar unilateralmente las condiciones del empleo¹⁸.

Adicionalmente, se advierte que precisamente en el artículo 9° de la pluricitada convención, se contempló un derecho a la pensión de jubilación para *«profesores y trabajadores»*, de acuerdo al tiempo de servicios prestados con un monto equivalente al *«...cinco por ciento (5%) del mayor salario mensual de su categoría por cada año de servicio sin el tope máximo legal.»*

Así, en un asunto de contornos similares, la Subsección A de la Sección Segunda

¹⁷ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

¹⁸ Artículos 55 superior, 416 del Código Sustantivo del Trabajo, sentencia C-377 de 1998 de Corte Constitucional.

del Consejo de Estado¹⁹, al analizar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la universidad del Atlántico en contra de la señora Carmen Regina Morales Canedo –vinculada como docente-, en el caso concreto, previo a establecer si resultaba procedente el reconocimiento de la pensión con sustento en la misma convención colectiva –analizada en el *sub lite*-, señaló:

«...»

1) *El Consejo Superior de la Universidad del Atlántico expidió el Acuerdo 002 del 21 de enero de 1976 «Por el cual se clasifican a los Servidores de la Universidad del Atlántico con empleados públicos y trabajadores oficiales» (mayúsculas del original). En el artículo 2, definió que los profesores eran trabajadores oficiales (ff. 502 a 503 C. 2).»* (negrilla fuera del texto original)

Por lo expuesto, el Tribunal cuestionado debía establecer, en primer lugar, la naturaleza del vínculo laboral de la señora Llanos Borrero, si ostentaba alguna de esas calidades «profesores o trabajadores», si estas particularidades resultaban determinantes para la resolver la controversia y, luego, de ser el caso, proceder con el análisis del tiempo de servicios y de los efectos de la convalidación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, de la sentencia de constitucionalidad y si, efectivamente había consolidado o no su derecho antes de la entrada en vigencia de la citada norma o entre el 30 de junio de 1995 al 30 de junio de 1997.

Ahora bien, en el evento de que la señora Llanos Borrero no reuniera alguna de las mencionadas condiciones para acceder a la pensión convencional, a la autoridad judicial demandada en caso de resultar procedente por cumplir los requisitos de ley, le correspondía establecer el régimen pensional aplicable al caso concreto, en razón de que lo pretendido precisamente fue el derecho a la pensión que reclamó la señora Llanos Borrero, dada la connotación fundamental de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital.

En consecuencia, se revocará el fallo de tutela de primera instancia, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, se accederá a la protección invocada, pues conforme a lo expuesto, la autoridad judicial demandada incurrió en el desconocimiento del precedente porque la aplicación de las normas en comento dependía de valorar de forma previa la naturaleza del vínculo laboral de la señora Lucero Llanos Borrero.

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

FALLA

PRIMERO: Revócase el fallo del 11 de abril de 2019, proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que negó la acción tutela, para en su lugar: i) declarar la improcedencia respecto de la aplicación de los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad y, ii) acceder al amparo solicitado por el desconocimiento del precedente invocado, por las razones expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, déjase sin efectos la providencia proferida el 31 de agosto de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que revocó el fallo de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda ordinaria y, ordénase a la referida autoridad que en un lapso no superior a los 30

¹⁹ Sentencia del 14 de febrero de 2019, dictada en el proceso 08001-23-31-000-2003-03025-02 (2559-18).

días, contados a partir de la notificación de este proveído, profiera una nueva decisión, dentro del proceso con radicado «08001-33-33-001-2014-00476-01-W (sic)», en atención a las consideraciones expuestas en precedencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el expediente que fue remitido en préstamo al despacho de origen y, desglósese el escrito recibido vía electrónica el 29 de mayo de 2019, visible a folios 143 a 157, con el fin de que se remita a la acción de tutela 11001-03-15-000-2019-01347-00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada (E)