



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá D.C., marzo ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2017-02382-00

ACTOR: TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO

DEMANDADO: CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN 22

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la solicitud presentada por el señor Tomás Javier Díaz Bueno, a través de apoderada judicial, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El señor Tomás Javier Díaz Bueno, actuando por conducto de apoderada judicial, ejerció acción de tutela¹ contra la Sala de Decisión Especial 22 del Consejo de Estado, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y justas y a «...*que se respeten las decisiones judiciales que han amparado tales derechos, así como el derecho adquirido a la pensión vitalicia de jubilación de mi poderdante, entre otros...*».

Consideró vulnerados tales derechos con ocasión de la providencia del 6 de junio de 2017, proferida por la referida autoridad judicial, con la cual se dejó sin efectos la sentencia del 29 de mayo de 2003 de la Subsección B de la Sección Segunda

¹ La acción de tutela se presentó el 13 de septiembre de 2017 ante la Secretaría General del Consejo de Estado.



de esta Corporación, en el marco del recurso extraordinario de súplica propuesto en contra de dicha decisión, para en su lugar, dejar en firme la liquidación de la pensión del accionante efectuada por el extinto Instituto de Seguros Sociales, en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 y 000221 de 1999.

En efecto, la parte actora solicitó:

«2.- DECLARAR, que la aludida sentencia de la SALA DE DECISION No.22, violó derechos previstos en los artículos 1, 2, 5, 13, 29, 46, 48, 58 de la Constitución Política de Colombia.

3.- DECLARAR, inválido y sin efecto alguno la sentencia proferida por la SALA DE DECISION No.22, de esa corporación, del 6 de junio de 2017, restableciendo la situación jurídica de la pensión reconocida al doctor Tomás Javier Díaz bueno, y ordenar el pago de las mesadas dejadas de cancelar como consecuencia del fallo que se invalida.»

Asimismo, pidió como medida provisional la aplicación del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, ante la inminente violación de sus derechos fundamentales, pues es una persona de la tercera edad a quien de manera arbitraria se le ha despojado de su pensión.

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

Sostuvo que el 30 de julio de 1997, solicitó ante el extinto Instituto de Seguro Social el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, al contar con 63 años y más de 34 años de servicio, desempeñándose al momento, como magistrado del Consejo de Estado.

Indicó que mediante Resoluciones 791 del 5 de febrero de 1997 y 4292 del 15 de marzo de 1999, se le reconoció la pensión de jubilación por aportes, sin tener en cuenta la aplicación de la Ley 4ª de 1992, así como de los Decretos 1359 de 1993, 1293 de 1994 y el 104 de 1994; que consagran el régimen especial para los magistrados de Altas Cortes y para los Congresistas.



Radicación: 11001-03-15-000-2017-02382-00
Actor: Tomás Javier Díaz Bueno
Tutela - Primera Instancia

Añadió que presentó una acción de tutela, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción contenciosa administrativa, decidía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada contra los actos administrativos proferidos por el aludido instituto, que reconocieron la pensión.

Refirió que el Consejo Seccional de la Judicatura, Seccional Cundinamarca, mediante sentencia del 14 de julio de 1999 denegó la solicitud de amparo, ante la existencia de otros medios de defensa judicial.

Manifestó que, con ocasión de la impugnación presentada en contra de la anterior decisión, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, mediante sentencia del 19 de agosto de 1999, la revocó y ordenó al ISS que resolviera el recurso de apelación presentado contra las resoluciones que reconocieron su prestación periódica, conforme al principio de favorabilidad de las normas laborales.

Señaló que la Corte Constitucional mediante decisión SU 1354 del 4 de octubre de 2000, confirmó la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que revocó la sentencia proferida por la seccional de Cundinamarca. En consecuencia, ordenó al instituto revocar los actos administrativos que reconocieron su pensión, y en su lugar, procediera a decidir sobre la pensión de jubilación aplicando el régimen especial que cobija a los congresistas.

Manifestó que, al tiempo, con ocasión de la demanda ordinaria² que interpuso en contra de los aludidos actos administrativos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad parcial de los mismos y a título de restablecimiento del derecho ordenó al ISS, reconocer, liquidar y pagar la jubilación cuya no podía ser inferior al 75% del promedio que durante el último año y por todo concepto percibiera un congresista.

Adujo que contra esta sentencia el Ministerio de Hacienda y el instituto interpusieron recurso de apelación, de los cuales, luego

² La cual se identificó con el radicado 250001-23-25-000-1999-06490-01 (02).



de un trámite de nulidad procesal propuesto por dicha cartera, conoció la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que mediante providencia del 29 de mayo de 2003, confirmó la decisión.

Agregó que la procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado presentó un recurso extraordinario de súplica³ en contra de la providencia anterior, al considerar que con anterioridad al año 1996, no fue ni servidor de la Rama Judicial ni congresista y que, para el 1° de abril de 1994, ya había cumplido con los requisitos del régimen general de pensiones administrado por el ISS.

Manifestó que la Sala Especial de Decisión 22 del Consejo de Estado, mediante fallo del 6 de junio de 2017, declaró fundado el recurso extraordinario de súplica presentado por la referida procuradora Delegada, por lo que, dejó sin efectos la sentencia del 29 de mayo de 2003 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y, en firme la liquidación pensional reconocida por las resoluciones proferidas por el ISS, así:

«1. Declárase fundado el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado contra la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el N° 25001-23-25-000-1999-6490-02 (3054-02).

2. Como consecuencia de lo anterior, se deja sin efectos la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el N° 25001-23-25-000-1999-6490-02 (3054-02) que confirmó la de primera instancia y en su lugar se revoca para negar las pretensiones de la demanda.

3. Entonces, se deja en firme la liquidación de la pensión que

³ El cual se identificó con el radicado 11001-03-15-000-2004-01034-00.



hizo el ISS, hoy en liquidación, en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 de 1999 y 000221 de 1999, demandadas parcialmente en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Por tanto, una vez ejecutoriada esta decisión, se ordena a la entidad demanda o la que hoy haga sus veces, reliquidar y actualizar la pensión del demandante para determinar la cuantía que por concepto de pensión por aportes le corresponde recibir.

4. En los términos del artículo 136, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989, las sumas que recibió el demandante por concepto de pensión y que excedieron el valor de la pensión a la que efectivamente este tenía derecho, en razón de la sentencia que por esta providencia se infirma, no podrá ser objeto de devolución por cuanto fueron canceladas como consecuencia de una providencia judicial y, por tanto, aquellas fueron recibidas de buena fe por el demandante.»

De los fundamentos expuestos con esta providencia se extraen los siguientes:

«Como se advierte en el recurso de súplica, fue indebida la aplicación que hizo la Sección Segunda, Subsección B, en el caso en estudio de los artículos 17 de la Ley 4ª; 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1359 de 1993 y 28 del Decreto 104 de 1994, al reconocer la pensión especial para los congresistas, que tuvo vigencia hasta el 1 de abril de 1994, a un magistrado de una Alta Corporación que se incorporó a la rama judicial en 1996, fecha para la cual el mencionado régimen había dejado de regir y solo podía ser aplicable a quienes ejercían o fueron magistrados a la fecha en que aquel fue derogado.

En este punto es importante advertir que la jurisprudencia de esta Corporación entendió que, en estos casos, no se podía exigir la vinculación laboral. Aspecto este en el que coincide esta Sala porque era posible que para el 1º de abril de 1994, un Magistrado de Alta Corporación hubiese tenido que dejar el cargo, pero lo ocupó mientras estuvo vigente el régimen especial y, en consecuencia, era su beneficiario.

En estos casos, el magistrado o congresista, según el caso, estuvo cobijado por aquel en la medida en que cuando ocupó el



cargo regía un sistema específico de pensión y podía optar por él, por ser su titular.

Cuestión diversa, y de ahí la indebida aplicación de los preceptos en cita, estuvo en aplicar el mencionado régimen a quienes pese a no estar cobijados por él, en la época en que estuvo vigente, se les concedió sus beneficios por el solo hecho que para el 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años si eran hombres y 35 si eran mujeres, o 15 años de servicios.

Es decir, la jurisprudencia erróneamente entendió que cumplidas las condiciones que exigía el denominado régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 que reprodujo el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, era suficiente para que todo magistrado de Alta Corporación pudiera acceder al régimen especial en materia de pensiones, pese a que a la fecha en que tomó posesión del cargo, dicho régimen ya había perdido vigencia.

Posición jurisprudencial que, en términos generales, resultó contraria a la naturaleza misma del llamado régimen de transición y de las "expectativas legítimas" a que se hizo referencia el Tribunal Constitucional, o al derecho a que no se cambien las condiciones que regían una determinada situación como lo ha venido desarrollando la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, porque nadie podía válidamente considerar que tenía derecho a que se le aplicara un régimen al cual no pertenecía, y que para la fecha en que fue derogado carecía de cualquier expectativa para ser su beneficiario, pues no estaba cubierto por él.

Se pregunta la Sala ¿qué derecho o qué expectativa legítima -en los términos de la jurisprudencia constitucional o en los términos de la jurisprudencia contenciosa- podría tener una persona que para el 1 de abril de 1994 no fue magistrado de una Alta Corporación entre 1992 y 1994, para que se le aplicara un régimen pensional que para la época en que estuvo vigente no lo cobijaba?

La respuesta es ninguno, porque para ser titular de un determinado sistema pensional y de esa manera gozar del llamado régimen de transición se requería ser beneficiario de aquel, para de esa manera exigir que el legislador mantuviera las condiciones para lograr consolidar el derecho pensional que ley



entró a modificar.

Por tanto, la aplicación que hizo la jurisprudencia del llamado régimen de transición, a personas que no eran titulares del sistema pensional especial, resultó errónea y contraria a su teleología, pues como se advirtió en otros apartes de esta providencia, aquel buscaba proteger a aquellas personas que venían bajo las condiciones y requisitos de un determinado sistema pensional en el momento en que el legislador determinó variar las circunstancias del mismo, hecho que obligaba a este a señalar unos escenarios en que los requerimientos del régimen que se modificaba se mantendrían.

Por tanto, es imperioso concluir que los magistrados de las Altas Cortes que accedieron a ese cargo con posterioridad al 1 de abril de 1994, no podían ser beneficiarios del régimen especial de los congresistas, porque nunca fueron titulares de esa pensión especial, en tanto el mismo fue derogado a la entrada en vigencia de la Ley 100.

En consecuencia, al cumplir las condiciones del régimen de transición, edad o tiempo de servicio, tenían derecho a exigir que se les mantuviera las condiciones del régimen al que pertenecían y no a uno al que nunca ingresaron.

En ese sentido, se repite, el demandante, en el caso de la referencia, al entrar en vigencia la Ley 100, y cumplir los requisitos del artículo 36, tenía el derecho a pensionarse con las condiciones que regían para el 1 de abril de 1994, es decir, a la pensión de jubilación por aportes que reguló la Ley 71 de 1988 y que fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994...

En ese orden de ideas, se infirmará la sentencia objeto de súplica, al prosperar los cargos del recurso interpuesto por el Ministerio Público. Razón por la que se procede a dictar sentencia de reemplazo.

4.6. Sentencia de reemplazo

Expuesto que el demandante estaba cobijado por el régimen pensional contenido en la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, y que no tenía derecho a la pensión especial a la que hizo referencia la Ley 4 de 1992, artículo 17 y el



Decreto 104 de 1994, se impone señalar que la Sala debe dejar en firme la liquidación de la pensión que hizo en su momento el Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación, en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 de 1999 y 000221 de 1999, demandadas parcialmente en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por tanto, corresponde a la entidad demanda o la que haga sus veces, una vez ejecutoriada esta decisión, reliquidar y actualizar la pensión del demandante para determinar la cuantía que por concepto de pensión por aportes le corresponde recibir.

Es importante advertir que el mayor valor que recibió el demandante por concepto de pensión, en razón de la sentencia que por esta providencia se infirma, no podrá ser objeto de devolución por cuanto este fue cancelado como consecuencia de una providencia judicial y, por tanto, fue recibido de buena fe por aquel, en los términos del artículo 136, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989.

...»

3. Sustento de la petición

La parte actora sostuvo que se vulneraron sus garantías constitucionales, pues, a su juicio, la autoridad judicial demandada incurrió en lo que podría configurar una **violación directa de la Constitución**, al desconocer lo dispuesto en los artículos 1°, 13, 25, 48, 53 y 58 superior, que consagran el respeto a los derechos adquiridos, el principio de favorabilidad en materia laboral, el derecho a la igualdad y a seguridad social.

Indicó que los efectos del fallo proferido por la Sala Especial de Decisión 22 del Consejo de Estado el 6 de junio de 2017, además adolece de un **desconocimiento del precedente** al contrariar los mandatos constitucionales y la interpretación que la Corte Constitucional efectuó con la aludida sentencia SU 1354 de 2000, pues con la providencia demandada la revocó sin estar facultada para ello.



Radicación: 11001-03-15-000-2017-02382-00
Actor: Tomás Javier Díaz Bueno
Tutela - Primera Instancia

Resaltó que la autoridad judicial demandada superó las facultades del máximo órgano constitucional con un argumento que resulta inaplicable para el caso en concreto, lo cual, a su juicio, atenta en contra del principio de cosa juzgada que, además de amparar derechos fundamentales y de garantizar derechos pensionales adquiridos, se predica de la mencionada sentencia de unificación.

Agregó que con la decisión cuestionada también se incurrió en un **defecto procedimental**, toda vez que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para formular el recurso extraordinario de súplica en contra de la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, ya que no intervino dentro del proceso de nulidad con restablecimiento del derecho que dio origen a ésta.

4. Trámite

Mediante auto del 19 de septiembre de 2017, se admitió la solicitud de amparo y en consecuencia, ordenó la notificación de la parte actora y de los magistrados que integran la Sala Especial de Decisión 22 del Consejo de Estado.

Asimismo, se dispuso la vinculación de los magistrados que integran la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del representante del Instituto de Seguros Sociales o a la institución que en la actualidad ejerza sus funciones y de la Procuraduría General de la Nación, en calidad de terceros interesados en las resultas de este proceso.

A su vez, se denegó la medida provisional solicitada, al considerar que las condiciones para su procedencia no se cumplieron en el asunto de autos.

Remitidas las misivas del caso, solamente intervino el director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de **Colpensiones**, con escrito radicado el 5 de octubre de 2017, en el que solicitó declarar improcedente la solicitud de amparo.

Dicha entidad precisó que no se configuró una «*vía de hecho*» por



parte de la autoridad judicial demandada, puesto que el accionante ingresó a la Rama Judicial, en calidad de consejero de Estado, el 1° de junio de 1996, fecha para la cual los funcionarios de este poder hacían parte del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que estos no tenían ninguna regulación especial en materia pensional.

4.1 Otras actuaciones

Adicionalmente, debe precisarse que dentro del trámite de primera instancia se presentaron varios impedimentos tanto de los magistrados que integran la Sala, como de los conjuces designados, los cuales se resolvieron mediante auto del 1° de marzo de 2018, así:

«Primero: Declarar fundados los impedimentos manifestados por los consejeros de Estado, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Alberto Yepes Barreiro, así como de los conjuces Fernando Enrique Arboleda Ripoll y Álvaro Orlando Pérez Rincón, en consecuencia, separarlos del conocimiento del presente asunto.

Segundo: Declarar infundado el impedimento manifestado por la magistrada Rocío Araújo Oñate, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia».

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991⁴ y el numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015⁵.

⁴ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

⁵ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.



2. Problema jurídico

En el asunto bajo estudio, corresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora, al incurrir en la violación directa de la Constitución, en un desconocimiento del precedente constitucional y en el defecto sustantivo, con ocasión de la providencia del 6 de junio de 2017, proferida por la referida autoridad judicial, con la cual se dejó sin efectos la sentencia del 29 de mayo de 2003 de la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, en el marco del recurso extraordinario de súplica propuesto en contra de dicha decisión, para en su lugar, dejar en firme la liquidación de la pensión del accionante efectuada por el extinto Instituto de Seguros Sociales, en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 y 000221 de 1999.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; ii) estudio sobre los requisitos adjetivos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados se estudiará, iii) el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁶, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁷, 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

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁷ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.



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.»⁸.

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 amplia⁹ 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

⁸ Ibidem.

⁹ Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.



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, 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 afirmen 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.

4. Examen de los requisitos de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias judiciales. Procedencia adjetiva

Para comenzar el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que la decisión cuestionada se profirió dentro del recurso extraordinario de súplica interpuesto en contra de la sentencia dictada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el demandante con la finalidad de que se le reconociera y pagara su pensión de



jubilación en cuantía del 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicios, sin tope alguno.

En lo que respecta al parámetro de la inmediatez, la Sala advierte que se cumple porque la providencia de segunda instancia cuestionada fue proferida el 6 de junio de 2017, se notificó por estado el 23 de junio de la misma anualidad, por lo que cobró ejecutoria 3 días después de notificadas¹⁰, mientras que la solicitud de amparo fue radicada el 13 de septiembre de 2017, es decir, un poco más de 3 meses después de que dicha decisión cobrara ejecutoria, lo que implica un pronto ejercicio de la tutela.

En lo atinente al presupuesto de la subsidiariedad, debe advertirse que si bien no existe otro mecanismo de defensa judicial ordinario para controvertirla, ya que se demanda la decisión emitida con ocasión del aludido recurso extraordinario, en relación con el defecto procedimental invocado dicho requisito no se cumple, por la siguientes razones:

4.1 Defecto procedimental

Para la parte demandante con la decisión cuestionada se incurrió en un defecto procedimental, pues, a su juicio, la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para formular el recurso extraordinario de súplica en contra de la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, ya que no intervino dentro del proceso de nulidad con restablecimiento del derecho que dio origen a ésta.

Revisado el expediente que contiene el recurso extraordinario de súplica, se advierte que luego de ser admitido el 15 de octubre de 2004 (folios 71 y 72) y concedido el traslado para alegar de conclusión por el término de diez (10) días conforme al artículo 194 del entonces vigente Decreto 01 de 1984, la parte actora, a través de apoderado, presentó el respectivo escrito (folios 110 a 130).

¹⁰ Conforme lo establece el artículo 302 del Código General del Proceso.



No obstante, del contenido de los mencionados alegatos, no se observa que el tutelante haya puesto en conocimiento del juez de la súplica, la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación, para instaurar el recurso extraordinario de que se trata.

De lo anterior, la Sala pone de presente que pese a que el demandante tuvo la oportunidad de exponer el argumento en mención, no lo hizo, por lo que no es esta acción de tutela la vía procesal adecuada para abrir el debate en torno a un tema que no se puso de presente ante el juez ordinario.

Por consiguiente, no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, que exige el agotamiento de todos los mecanismos procesales para obtener la protección de derechos fundamentales en este específico caso, ya que la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación es un tema nuevo que se trajo a colación con la acción de tutela, y que no fue previamente objeto de discusión en el recurso extraordinario de súplica.

Con todo, debe precisarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, norma que rigió el trámite que dio origen a la providencia demandada, al Ministerio Público, como parte, se le atribuyó la facultad de intervenir en todos los procesos e incidentes adelantados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

5. Caso concreto

Para la parte demandante sus derechos fundamentales resultaron vulnerados con ocasión de la providencia del 6 de junio de 2017, proferida por la referida autoridad judicial, con la cual se dejó sin efectos la sentencia del 29 de mayo de 2003 de la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, en el marco del recurso extraordinario de súplica propuesto en contra de dicha decisión, para en su lugar, dejar en firme la liquidación de la pensión del accionante efectuada por el extinto Instituto de Seguros Sociales, en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 y 000221 de 1999.



Para Colpensiones, en calidad de tercero con interés en el resultado del proceso, al demandante no le asistía el derecho pensional pretendido, puesto que ingresó a la Rama Judicial, en calidad de consejero de Estado, el 1° de junio de 1996, fecha para la cual los funcionarios de este poder hacían parte del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y por ende, no tenían ninguna regulación especial en materia pensional.

Así las cosas, la Sala advierte que negará el amparo solicitado por la parte actora, en la medida en que no se vislumbra la configuración de los siguientes defectos alegados:

5.1 Desconocimiento del precedente

Para el accionante el fallo del 6 de junio de 2017, además desconoce el precedente constitucional al contrariar los mandatos superiores y la interpretación que la Corte Constitucional efectuó con la sentencia SU 1354 del 4 de octubre de 2000¹¹, que ordenó en su favor, como mecanismo transitorio, al Instituto de Seguros Sociales dictar una resolución para reconocer la pensión con fundamento en el régimen especial de los congresistas. En la parte resolutive se dispuso:

«PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en cuanto revocó la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y concedió la tutela del derecho al debido proceso; pero se adicionará en el sentido de CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela del derecho pensional a la seguridad social. Por consiguiente se ordenará al S.S. que REVOQUE los actos administrativos que reconocieron la pensión del actor con fundamento en las normas de la ley 100/93 y, en su lugar PROCEDA, en el término de 48 horas a dictar una nueva resolución en la cual se decida sobre la pensión de jubilación del citado aplicando el régimen normativo especial que cobija a los Congresistas, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

¹¹ Con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell.



SEGUNDO. La tutela que se concede estará vigente mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo decide definitivamente sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el demandante contra los actos administrativos del S.S. que reconocieron su derecho a la pensión de jubilación, en la forma como en ellos se especifica.

TERCERO. Declarar que al S.S. tiene derecho a exigir de la Nación la cuota parte que le corresponde aportar para los efectos del reconocimiento y pago de la pensión del exconsejero Tomás Javier Díaz Bueno, as[í] como el valor de los aportes que debieron entregarse a dicha entidad teniendo en cuenta el monto de los salarios devengados por éste.

...»

Ahora bien, la posición que ha sostenido la Sala frente a un presunto defecto por desconocimiento de precedente, corresponde al siguiente:

«...es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirven de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla... que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido¹²...»

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 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.**»¹³ (negrilla fuera del texto).*

¹²Sentencia del 19 de febrero de 2015, Consejo de Estado, Sección Quinta, con ponencia del magistrado Alberto Yepes Barreiro, expediente 2013-02690-01.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T - 762 de 2011.



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 con la providencia demandada se consideró:

«En el mismo sentido, en sentencia de unificación SU-1354 de 2000... proferida unos días después de la que fue transcrita y que resolvió la acción de tutela interpuesta precisamente por el doctor Díaz Bueno, demandante en el proceso que originó el recurso de súplica de la referencia, reiteró la idea según la cual no se podía exigir vinculación laboral para el 1º de abril de 1994, en el caso específico de los magistrados de las Altas Cortes.»

Para la Sala, tampoco se desconoce el aludido precedente constitucional, por cuanto la orden que se emitió con dicho pronunciamiento de unificación, que confirmó la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en cuanto revocó la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura



de Cundinamarca y concedió la tutela del derecho al debido proceso, de forma expresa indicó que se adicionaba aquella, en el sentido de conceder, como mecanismo transitorio, la tutela del derecho pensional a la seguridad social, así:

«Procede, en consecuencia, la tutela como mecanismo transitorio, para que cesen los efectos de la vía de hecho en que incurrió el S.S. (sic) y evitar el perjuicio irremediable que se le causó y se le puede seguir causando, al no recibir el monto total de la pensión que en derecho le corresponde. Este indudablemente, atendida la edad del peticionario y sus necesidades personales y las de su familia, constituyen el mínimo vital necesario para asegurar su subsistencia en condiciones de decoro y de dignidad... acorde con el alto cargo que ocupó al servicio del Estado.»

Al respecto, conviene citar el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, que contempla:

«Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.»



De manera que, para la Sala si bien la sentencia con la cual se protegieron los derechos del demandante corresponde a aquellas catalogadas como de unificación, emitidas por la Sala Plena de la Alta Corporación, por lo que en principio es de obligatorio cumplimiento, se profirió como mecanismo transitorio, ante la existencia de un perjuicio irremediable¹⁴, mas no definitivo, y en tal sentido, la controversia planteada por el actor dependía de la decisión que en el trámite el proceso ordinario se diera.

5.2 Violación directa de la Constitución

Ahora bien, plantea la parte actora que con la decisión acusada se vulneraron sus garantías constitucionales, pues, a su juicio, la autoridad judicial demandada incurrió en una violación directa de la Constitución, al desconocer lo dispuesto en los artículos 1°, 13, 25, 48, 53 y 58 superior, que consagran el respeto a los derechos adquiridos, el principio de favorabilidad en materia laboral, el derecho a la igualdad y a seguridad social.

Asimismo, resaltó la demandante que la autoridad judicial demandada superó las facultades del máximo órgano constitucional con un argumento que resulta inaplicable para el caso en concreto, lo cual, a su juicio, atenta en contra del principio de cosa juzgada que, además de amparar derechos fundamentales y de garantizar derechos pensionales adquiridos, se predica de la mencionada sentencia de unificación.

Conforme a lo anterior, la Sala precisa que en relación con la violación directa de la Constitución la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

«Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad (sic) en eventos en los que si bien no se está ante

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-636 de 2006, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández. Perjuicio irremediable: «...cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen...»



una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales...»¹⁵.

En lo particular, observa la Sala que con la providencia cuestionada, luego de precisar las diferencias entre el régimen de la rama judicial y el de los Congresistas, así como el régimen aplicable a los magistrados de Altas Cortes luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, indicó que, si bien, el recurso de súplica de la referencia carecería de fundamento, en la medida en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, señalaron claramente que para acceder al régimen especial de los Congresistas no se requería vinculación al 1° de abril de 1994, las decisiones de dichas Corporaciones no repararon en una circunstancia en particular, a saber:

«...que el régimen de transición exigía necesariamente que quien quisiera acogerse a él debía estar o ser titular de un determinado régimen pensional, a efectos de que los cambios legislativos no le fueran oponibles.

Es decir, necesariamente se requería estar vinculado al régimen pensional del que se pretendía el beneficio para no ser regido por el nuevo sistema pensional.

Por tanto, en el caso de los magistrados de las Altas Cortes, para que estos fueran beneficiarios del régimen especial de los congresistas, necesariamente debían estar cobijados por aquel y para ello, obligatoriamente requerían estar en ejercicio de un cargo de esta naturaleza para el 1 de abril de 1994 y por demás, cumplir los requisitos fijados para el régimen de transición, es decir, edad o tiempo de servicios.

En estos casos, no es que fuera obligatorio tener una vinculación laboral como lo indicó la jurisprudencia de esta Corporación, sino ser titular del régimen especial, hecho que solo podía ocurrir si para el 1° de abril de 1994 o antes se ejercía o ejerció, el cargo de magistrado de una Alta Corporación, por cuanto con posterioridad a esa fecha, los funcionarios de la rama judicial y del Congreso de la República fueron incorporados al sistema general de pensiones y, en consecuencia, quienes

¹⁵ Sentencia C - 590 de 2005.



ingresaron a estas corporaciones con posterioridad a esa fecha no podían ser beneficiarios de un régimen que fue expresamente derogado.

Condición esta que se desprendía de las normas que crearon el régimen especial y las de transición para los congresistas, es decir, los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, respectivamente.

...

*Lo anterior se deduce de lo que debe entenderse por un régimen de transición, pues es importante advertirlo, este se ha determinado como una forma de proteger las expectativas de un grupo de personas de poder pensionarse bajo las condiciones **del sistema que lo cobijaba al momento del cambio de legislación.***» (negritas dentro del texto original).

De lo cual concluyó la autoridad judicial demandada que el régimen especial de la Ley 4ª de 1992, en el caso de los magistrados solo podía cobijar a quienes se encontraran en los siguientes casos:

- i) Los vinculados al cargo con anterioridad al 1º de abril de 1994 y,
- ii) Los que en ejercicio de su cargo a junio 20 de 1994, cumplieran las condiciones del párrafo, es decir, haber cotizado durante *«veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad.»*

Asimismo, se encuentra que con la decisión demandada se señaló que dichas circunstancias eran igualmente exigibles a los magistrados de las Altas Cortes, al ser equiparados por el Gobierno Nacional a los congresistas y porque para ser beneficiario de un determinado régimen se requiere estar o ser titular de él, en tanto que no era posible predicar que se pudiera tener derecho a un régimen al cual no se pertenecía y al que no se pudo acceder, porque mientras estuvo vigente, no se cumplieron u observaron las condiciones y requisitos para ello.



Conforme a lo anterior, la autoridad judicial demandada advirtió que las normas aplicadas por la sentencia suplicada no eran las que gobernaban la situación fáctica del doctor Tomás Javier Díaz Bueno y, por ende, ellas no podían ser tenidas en cuenta para determinar el régimen pensional del mencionado ciudadano. Al respecto, señaló:

«En otros términos, el fallo suplicado se basó en la interpretación que en otras providencias se había efectuado de las normas que regían el sistema pensional especial para los congresistas y magistrados de las Altas Cortes, para concluir, sin un análisis directo de estas que, en el caso en examen, el demandante estaba cobijado por el régimen especial que el legislador había fijado para los congresistas, por el hecho que, para la fecha en que se expidió la Ley 100 de 1993, aquel contaba con más de 40 años y 34 años de servicio.

En ese sentido, consideró que esa circunstancia bastaba para reconocerle el derecho a una pensión especial, pese a que: i) su ingreso al Consejo de Estado como Consejero fue el año de 1996, fecha en la que el régimen especial para Congresistas de la Ley 4ª, y, por extensión, para los magistrados había sido subrogado por la Ley 100, pero especialmente, por el Decreto 684 de 1994, que ordenó la incorporación de unos y otros al sistema general de pensiones; ii) por sus condiciones, es decir, edad y tiempo de servicios, el demandante tenía derecho a ser pensionado con el régimen al que estaba adscrito al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, que no era otro que el de la Ley 33 de 1985, pensión de jubilación y no el de los congresistas, pues se repite, a la fecha de entrada en vigencia de esta norma no había ingresado a ejercer el cargo de magistrado de una Alta Corporación.»

De manera que, la autoridad judicial acusada pudo determinar que la sentencia suplicada sí había incurrido en violación de normas sustanciales por falta de aplicación de algunas de ellas, e indebida aplicación de otras, pues dejó de aplicar el Decreto 691 de 1994, que: i) incorporó a todos los funcionarios y empleados del Congreso y de la rama judicial al sistema general de pensiones, ii) a partir del 1° de abril de 1994, artículo 2°.



Al respecto, encuentra la Sala razonable que la autoridad judicial demandada concluyera que quienes no hacían parte del régimen especial para esa fecha, 1° de abril de 1994, no podían, con posterioridad a su derogación, ser beneficiarios del mismo, pues como ya se explicó en acápites precedentes, para gozar y ser beneficiarios del mismo se requería estar en él.

Ahora bien, con la decisión acusada se indicó que fue indebida la aplicación de las normas que hizo la Sección Segunda, Subsección B, en el caso en estudio de los artículos 17 de la Ley 4ª; 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1359 de 1993 y 28 del Decreto 104 de 1994, al reconocer la pensión especial para los congresistas, que tuvo vigencia hasta el 1° de abril de 1994, a un magistrado de una Alta Corporación que se incorporó a la Rama Judicial en 1996, pues para la fecha el mencionado régimen había dejado de regir y solo podía ser aplicable a quienes ejercían o fueron magistrados a la fecha en que aquel fue derogado.

A su vez, observa la Sala que el cuestionamiento que la autoridad judicial demandada efectuó con su decisión recae en que no es posible aplicar el mencionado régimen a quienes no se encontraban cobijado por el mismo para la época en que estuvo vigente, solo por el hecho de que para el 1° de abril de 1994 tuvieran 40 años si eran hombres y 35 si eran mujeres, o 15 años de servicios, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para ello era necesario reparar que a la fecha en que tomó posesión del cargo, dicho régimen ya había perdido vigencia.

Para la Sala, con la decisión acusada no se vulneran los preceptos superiores sobre los cuales se afianzó la solicitud de amparo, puesto que la garantía de los derechos laborales no puede desconocer las condiciones que regían una situación jurídico administrativa en particular, vigente al momento de acceder al cargo de magistrado de Alta Corte, pues tal como lo consideró la autoridad judicial demandada, con posterioridad al 1° de abril de 1994, aquellos no podían ser beneficiarios del régimen especial de los congresistas, ya que este fue derogado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.



Por lo que, se observa que, la situación jurídico pensional del demandante, al tomar posesión del cargo como magistrado de Alta Corte para el año 1996, se regía no por el régimen especial de los congresistas, sino por la regulada por la Ley 71 de 1988, jubilación por aportes, y que fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994.

De manera que, para la Sala con la decisión cuestionada no se desconoce la «*situación más favorable al trabajador*» ni los derechos adquiridos laborales y pensionales del demandante, pues estos se predicen de situaciones consolidadas que se encuentran conformes al ordenamiento jurídico, frente a lo que en el presente asunto quedó plenamente establecido que el régimen pensional que pretende el actor corresponde a uno de naturaleza distinta al especial que regía para los Congresistas.

Por lo que, también debe precisarse que no es posible predicar el desconocimiento de la norma o fuente formal del derecho más favorable, toda vez que no se trata de la aplicación de un ordenamiento adicional vigente para el momento en que tomó posesión el demandante, puesto que para 1996, el régimen especial de los Congresistas había sido derogado con la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se declarará la improcedencia de la solicitud de amparo en relación con el defecto procedimental invocado y, a su vez, se negará la protección pretendida respecto de los demás vicios alegados, por cuanto no se advierte la configuración de ninguno de los defectos específicos invocados por la parte demandante en contra de la providencia del 6 de junio de 2017, emitida por la Sala Especial de Decisión 22 de esta Corporación.

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: Declárase improcedente el amparo, respecto del defecto procedimental invocado, por las razones anotadas en



precedencia.

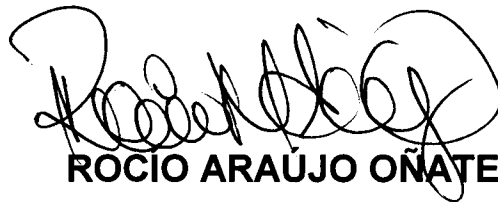
SEGUNDO: Niégase, en lo demás, la acción de tutela presentada por Tomás Javier Díaz Bueno contra la Sala Especial de Decisión 22 del Consejo de Estado, por las razones expuestas en esta providencia.

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

CUARTO: De no ser impugnada la presente providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente ordinario, el cual fue remitido en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ANTONIO AGUSTÍN ALJURE SALAME
Conjuez



SC5780-6-1



GP059-6-1

