CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., quince (15) de febrero dos mil veintiuno (2021).

**Referencia:** Acción de tutela.

**Radicación:** 11001-03-15-000-2020-05272-00.

**Accionante:** Deyanira Rico Herrera.

**Accionados:** Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela incoada por Deyanira Rico Herrera en contra de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

# ANTECEDENTES

## Solicitud de tutela

Deyanira Rico Herrera solicitó el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, que consideró fueron vulnerados por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ocasión de la sentencia de segunda instancia que dicha autoridad profirió el 30 de julio de 2020 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 25000-23-42-000-2015-03244-01.

1. **Hechos[[1]](#footnote-1)**

**2.1.** Deyanira Rico Herrera presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en la que solicitó que se declarara la nulidad parcial de las Resoluciones núms. 28817 de 2012 y GNR 309117 de 2014 y, en consecuencia, se ordenara la reliquidación de su mesada de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, en una cuantía del 75% de la asignación mensual más alta que percibió en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó.

Fundamentó su pretensión de nulidad y restablecimiento en que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, y que, con posterioridad, laboró por más de 17 años de trabajo para la rama judicial.

Explicó que tiene derecho al reconocimiento de las pretensiones, dado que, entre otras, en la sentencia del 25 de noviembre de 2010 (expediente 2109-09) el Consejo de Estado reconoció una pensión bajo el Decreto 546 de 1971 a una persona que trabajó para la Rama Judicial desde el 19 de septiembre de 1994.

**2.2.** El asunto correspondió conocerlo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bajo el radicado 25000-23-42-000-2015-03244-01, autoridad que profirió sentencia el 31 de enero de 2017 en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

Consideró el *a quo* que la señora Rico Herrera estaba amparada bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, puesto que al momento de la entrada en vigencia de esta norma, esto es, el 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad. Además que el reconocimiento pensional no estaba sujeto a que el empleado hubiera estado vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público con anterioridad al 1 de abril de 1994.

**2.3.** Colpensiones presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, en la medida en que afirmó que, por un lado, la situación pensional de la demandante no se encontraba cobijada por el Decreto 546 de 1971, y, por otro lado, que el IBL no formaba parte del régimen de transición, por lo que estaba regulado en la Ley 100 de 1993.

**2.4.** En segunda instancia, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia el **30 de julio de 2020**, en la que desató el recurso de alzada en el sentido de revocar el fallo del *a quo* y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, la autoridad judicial presentó los argumentos que la Sala resume a continuación:

**2.4.1.** La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han atravesado en su jurisprudencia por distintas posturas frente a la relación del régimen especial de la Rama Judicial con la Ley 100 de 1993. De una parte, afirmaban (las salas de revisión del Tribunal Constitucional y la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo) que se debía aplicar en su integridad el Decreto 546 de 1971 con fundamento en el principio de inescindibilidad de las normas; por otro lado, disponían que (en control abstracto de la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Sala Plena de esta Corporación), en todo caso, el IBL que debía regir era el del régimen general de seguridad social.

En virtud de lo anterior, la Sala Plena de la Sección Segunda decidió unificar su jurisprudencia en la sentencia del 11 de junio de 2020 (SUJ-S2-021-20), y determinó que, quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 fueran beneficiarios de su régimen de transición, tenían derecho a que su pensión fuera liquidada con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto previstos en el Decreto 546 de 1971, y que el IBL debía corresponder al definido en el artículo 21 de la mencionada Ley 100.

En esta sentencia de unificación, la Sección Segunda, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, especificó que sus reglas eran vinculantes para asuntos que estuvieran en etapa administrativa, o que no hubieran sido resueltos en vía judicial, por lo que excluyó aquellos ya finalizados con cosa juzgada, los cuales serían inmodificables.

Ahora bien, el fallo del 11 de junio de 2020 no se pronunció frente a la situación de los funcionarios beneficiaros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 que no habían sido vinculados a la Rama Judicial o al Ministerio Público antes del 1 de abril de 1994. Sobre este punto, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado también han sostenido diferentes posturas.

En un primer momento, en la sentencia C-596 de 1997 se indicó que para ser beneficiario de un régimen especial en virtud de la transición de la Ley 100, era necesario estar vinculado al mismo, ya que la norma buscaba proteger la expectativa de una persona a ser pensionada bajo dichas reglas. Luego, en la sentencia T-483 de 2009 se afirmó que no era necesario dicha vinculación con anterioridad a la entrada en vigencia del régimen general de seguridad social.

Posteriormente, en la sentencia T-353 de 2012 la Sala de Revisión propuso retomar la postura inicial, dado que el fallo T-483 de 2009 desnaturalizaba el régimen de transición. Esto, en virtud de que el propósito del legislador fue proteger las expectativas legítimas de las personas con determinado régimen al que se encontraban aspirando a ser pensionadas, pues de lo contrario, no había expectativas. Posición ratificada por la Corte en sentencia T-080 de 2013.

Por su parte, el Consejo de Estado sostuvo inicialmente, en la sentencia del 2 de febrero de 2009 (expediente 1732-2008), que no era necesario que el peticionario perteneciera a un régimen pensional determinado al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando fuera beneficiario de la transición, posición reiterada en la providencia del 25 de noviembre de 2010 (expediente 2109-2009).

No obstante, el Alto Tribunal Administrativo modificó su postura en la sentencia del 12 de abril de 2012 (expediente 1977-2010), en la que expresó la necesidad de que el funcionario estuviera vinculado al régimen al que aspiraba a ser pensionado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. A pesar de ello, la Corporación Judicial profirió sentencia el 12 de septiembre de 2014 (expediente 1434-2014), en el que aplicó el régimen del Decreto 546 de 1971 a una funcionaria que no estaba vinculada a la Rama judicial al 1 de abril de 1994, pero sí lo estuvo en 1981 y 1982, y del 2002 en adelante hasta el 2011.

En sentencias del 26 de mayo de 2016 (expediente 4554-2013), 2 de marzo de 2017 (expediente 1363-2015) y 9 de marzo de 2017 (expediente 2306-2016), entre otras, la Sección Segunda continuó el criterio de que era necesaria la vinculación del empleado a la Rama Judicial o al Ministerio Público para ser beneficiario del Decreto 546 de 1971, en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

Finalmente, la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación profirió sentencia el 22 de octubre de 2018 (expediente 1792-2013), en la que explicó que en los casos en el que se pide la aplicación del régimen especial de los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, la persona deberá demostrar que antes del 1 de abril de 1994, laboró en tal condición, para lo cual se debía tener en cuenta la vinculación o las cotizaciones que haya realizado.

**2.4.2.** En virtud de todas las líneas jurisprudenciales asumidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado relacionadas con el tema de la demanda, la Subsección A de la Sección Segunda acogió el ultimo criterio, consistente en que, por un lado, quien sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe haber estado vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público antes del 1 de abril de 1994, para pensionarse conforme lo disponga el Decreto 546 de 1971. Además, que en todo caso, el IBL debía corresponder a lo dispuesto en el régimen general de prestaciones sociales.

**2.4.3.** En consecuencia, el *ad quem* determinó en el caso concreto que, si bien Deyanira Rico Herrera fue beneficiaria de la transición de la Ley 100 de 1993, puesto que a su entrada en vigencia contaba con más de 35 años de edad, lo cierto era que no tenía derecho a ser pensionada bajo el régimen especial contenido en el Decreto 546 de 1971, a pesar de haber trabajado más de 17 años para la Fiscalía General de la Nación, porque antes del 1 de abril de 1994 no perteneció a la Rama Judicial o al Ministerio Público. Además, que el IBL que se tuvo en cuenta para su pensión debió corresponder al regulado en el régimen general de prestaciones sociales, y no con el que fue liquidado por Colpensiones.

En ese orden, la autoridad judicial manifestó que “[b]ajo tal entendido no le asiste razón a la demandante en que su pensión de jubilación sea liquidada con el 75% del salario más alto devengado en el último año de prestación de servicios, con inclusión de todos los factores salariales devengados, razón que impone revocar la decisión de primera instancia y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda comoquiera que el régimen cuya aplicación reclama no se trata del que le corresponde en derecho, por lo que no se hará ningún pronunciamiento adicional al respecto con miras a no desmejorar su mesada, que fue en suma superior, a la que en realidad le corresponde”[[2]](#footnote-2).

1. **Pretensiones de tutela**

Deyanira Rico Herrera presentó escrito de tutela[[3]](#footnote-3) en el que solicitó al juez constitucional que ampare sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. En consecuencia, pidió que se revoque la sentencia proferida el 30 de julio de 2020 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado y se ordene que se confirme el fallo emitido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

1. **Argumentos de la solicitud de tutela**

La accionante manifestó que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales en la sentencia del 30 de julio de 2020, por los argumentos que la Sala resume a continuación:

**4.1.** El Alto Tribunal unificó su postura en el fallo SUJ-S2-021-20 y optó por un criterio contrario al asumido por la Corte Constitucional. Así, la Corporación Contenciosa Administrativa desconoció el Decreto 546 de 1971 y le adicionó requisitos, al exigir que la persona que aspira a pensionarse debía estar vinculada a la Rama Judicial o al Ministerio Público con anterioridad al 1 de abril de 1994.

**4.2.** El Decreto 929 de 1976 de la Contraloría General de la República no puede definir la situación de Deyanira Rico Herrera, porque la norma aplicable es el Decreto 546 de 1971.

**4.3.** No tuvo en cuenta la autoridad accionada que la señora Rico Herrera trabajó 11 años para la Contraloría General de la República y 17 años para la Rama judicial, y que fue beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

**4.4.** El derecho a la igualdad de la tutelante fue vulnerado, porque en sentencia del 25 de noviembre de 2010 (expediente 2109-2009), el Consejo de Estado ordenó pensionar a una funcionaria con fundamento en el Decreto 546 de 1971, quien se desempeñó en la Rama Judicial a partir del 19 de septiembre de 1994.

**4.5.** El cambio jurisprudencial afectó los derechos de quienes acuden a la administración de justicia, debido a que los distintos casos puestos en conocimiento del juez son resueltos de formas distintas y con favorabilidad solo para unos.

1. **Trámite de tutela e intervenciones**

**5.1.** El Despacho del Magistrado ponente, con auto del 14 de enero de 2021[[4]](#footnote-4), admitió la acción, ordenó vincular a Colpensiones y ordenó notificar a los sujetos procesales.

**5.2.** La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado contestó[[5]](#footnote-5) que la tutelante no expuso con precisión los defectos atribuidos a la sentencia que reprochó, sino que pretende que se adelante una tercera instancia. Además, afirmó que realizó un análisis detallado y pormenorizado de las normas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación aplicables al caso, y que la decisión fue suficientemente razonada en virtud de los argumentos del recurso de apelación. Por lo tanto, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción.

**5.3.** Por su parte, Colpensiones solicitó que se nieguen las pretensiones de la solicitud de amparo, como quiera que no cumple con los requisitos de procedibilidad del trámite constitucional en atención a que no vulneró derechos fundamentales de Deyanira Rico Herrera.

# CONSIDERACIONES

1. **Competencia**

La Sala es competente para decidir la presente acción de tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el Decreto 2591 de 1991, en el Decreto 1983 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015 y en el Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado No. 080 del 12 de marzo de 2019[[6]](#footnote-6).

1. **Procedibilidad de la acción**

En los casos en que la solicitud de amparo ataca una providencia judicial, la doctrina constitucional ha indicado que el juez de tutela debe, en forma preliminar, realizar un examen de procedibilidad general de la acción; pues, solo una vez verificada la observancia de los requisitos que la determinan, procede el pronunciamiento de fondo sobre la problemática jurídica que el actor plantea en función de los defectos que reprocha a la actuación acusada y conforme a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[7]](#footnote-7).

**2.1.** La **legitimación** **en la causa** **por** **activa** de Deyanira Rico Herrera se encuentra acreditada, pues fungió como demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 25000-23-42-000-2015-03244-01, y es la titular de los derechos fundamentales cuyo amparo pretende.

También está probada **la legitimación en la causa por pasiva** de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la medida en que fue la autoridad que profirió la sentencia del 30 de julio de 2020 que, según la tutelante, vulneró sus derechos fundamentales.

**2.2. Relevancia constitucional.** En el presente asunto, Deyanira Rico Herrera indicó, como fundamento de su escrito de tutela, en concreto, que en la sentencia del 30 de julio se desconoció que: i) el Decreto 929 de 1976 de la Contraloría General de la República no era aplicable; ii) el reconocimiento pensional debió ordenarse conforme a los requisitos previstos por el Decreto 546 de 1971; iii) laboró 17 años para la Rama Judicial; y v) las altas corte han proferido jurisprudencia favorable a sus intereses.

Al respecto, es preciso recordar que en las acciones de tutela contra providencias judiciales, “la función del juez de tutela no es la de fungir como una instancia adicional del procedimiento judicial que se cuestiona, pues ello desconocería la competencia y finalidad de administración de justicia por parte de los jueces naturales, así como su autonomía funcional”[[8]](#footnote-8).

Quien solicita el amparo debe cumplir con la carga de exponer las razones por las que el reproche a una providencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada, trasciende de la controversia litigiosa propia de la causa ordinaria[[9]](#footnote-9), a una cuestión con **relevancia constitucional**, en términos de los defectos definidos por la jurisprudencia como únicas causales que habilitan el control constitucional concreto[[10]](#footnote-10).

En el presente asunto, para verificar que la acción de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional, esta Sala no puede pasar por alto que la autoridad tutelada, en la sentencia del 30 de julio de 2020, explicó con extensión las distintas posiciones que ha asumido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su jurisprudencia, concernientes a la relación entre el régimen especial de la Rama Judicial con la Ley 100 de 1993, y los actuales criterios establecidos por dichas Corporaciones y sus fundamentos.

Además, que la Subsección reprochada expuso con claridad las razones por las que, con base en las últimas posturas de la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación y los hechos probados al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no era posible que Deyanira Rico Herrera fuera beneficiaria del régimen de la Rama Judicial a pesar de haber trabajado más de 17 años para la Fiscalía General de la Nación.

Visto lo anterior, en el caso concreto, la Sala observa que los argumentos de tutela ya fueron abordados y decididos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y que los reproches de la señora Rico Herrera, además de que no están dirigidos en contra de las razones que sirvieron de fundamento en la sentencia del 30 de julio de 2020, las desconoce por completo.

En ese orden, la Sala procederá a declarar improcedente la tutela, en la medida en que no cumplió con el requisito de relevancia constitucional, pues la actora, lejos de presentar la vulneración de un derecho fundamental a partir de la posible configuración de un defecto en la sentencia del 30 de julio de 2020, acude a argumentos de simple inconformidad, a través de este mecanismo constitucional, para plantear de nuevo un debate de orden legal que ya fue resuelto en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por Deyanira Rico Herrera en contra de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por los motivos expuestos en esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**TERCERO: REMITIR** la presente providencia, si no fuere impugnada, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Notifíquese y cúmplase**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Presidente de Sala**

**Aclaración de voto Cfr. Rad. 11001-03-15-000-2019-01299-00**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**NICOLÁS YEPES CORRALES**

**Magistrado**

1. Los hechos fueron extraídos de la sentencia del 30 de julio de 2020, del expediente digital de tutela con certificado 3656138EF466FB4F 209243196B522AAA 1EADC2F8E0ECACDA DEE068510A808F6A. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver página 35 de la sentencia del 30 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento contenido en el expediente digital de tutela con certificado 7E18CE9027DE6D46 CE958475A8B6D7DA 1105AFBF1F878F76 52B155167B1F7F86. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento visible en el expediente digital de tutela, con certificado 6CE28DAE73D7CA31 D8B0AF3064F2F058 988E1B02C59F0A5B 67203EAF7B28E99A. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento visible en el expediente digital de tutela, con certificado 95DDDF66AAC47C4B A1504009B68D85A6 C8A8EC9FC48F6B9F E940A03383F36114. [↑](#footnote-ref-5)
6. Publicado en el diario oficial 50.913 del 1 de abril de 2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que, si en una decisión judicial se presenta alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional. A saber: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, que ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material de prueba obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el que se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia de la Corte Constitucional T-066 de 2019, que, a su vez reitera la T-336 de 2004. [↑](#footnote-ref-8)
9. “No se trata de convertir la tutela en un mecanismo ritualista, sino de exigir una actuación razonable para conciliar la protección eficaz de los derechos fundamentales, con los principios y valores en juego, al controvertir una providencia judicial”. Corte Constitucional, sentencia T-066 de 2019.

   Por supuesto, el fallador de tutela requiere examinar que, de esos asuntos legales, no se desprendan violaciones a los derechos y deberes constitucionales, pues, de ser así, adquieren relevancia constitucional inmediata. Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2001, citada por la Corte Constitucional en las sentencias T-114 de 2002 y T-136 de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-10)