



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS

Bogotá, 26 de septiembre de 2016

Ref.: Expediente N: 11001-03-15-000-2016-00038-01
Demandante: Fondo Pensional de la Universidad
Nacional de Colombia
Demandado: Sala de Descongestión, Subsección

**E, Sección Segunda del
Tribunal Administrativo de
Cundinamarca**

Sentencia de tutela de segunda instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia contra la sentencia del 8 de abril de 2016, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que negó el amparo de tutela.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia, por conducto de apoderado judicial, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que estimó vulnerados por la sentencia del 27 de octubre de 2015, proferida por la Sala de Descongestión, Subsección E, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Expresamente, formuló las siguientes pretensiones:

1. Se tutelen los derechos fundamentales de la accionante, al debido proceso, igualdad, derecho de defensa, al acceso a la administración de justicia, a la primacía de los derechos sustanciales sobre los procesales, los que fueron vulnerados por la corporación tutelada.
2. Como consecuencia de lo anterior, solicito a los H, magistrados, dejar sin VALOR Y EFECTO, la providencia de fecha 27 de octubre de 2015, notificada por edicto el día 3 de noviembre y desfijado el 5 de noviembre de 2015, emitida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA EN DESCONGESTIÓN, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “E”, MAGISTRADA PONENTE FANNY CONTRERAS ESPINOSA, mediante la cual se confirmó y modificó la sentencia de

fecha 28 de marzo de 2012 emitida por el JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 11001333101820110046000 de ARACELLY DEL CARMEN MARCHENA BUELVAS contra la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FONDO PENSIONAL.

3. Como consecuencia de lo anterior, se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA EN DESCONGESTIÓN, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “E”, MAGISTRADA PONENTE FANNY CONTRERAS ESPINOSA revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia dictada por el JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. de fecha 28 de marzo de 2012 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 11001333101820110046000 de ARACELLY DEL CARMEN MARCHENA BUELVAS contra la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FONDO PENSIONAL haciendo pronunciamiento y aplicación de la sentencia SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 PROFERIDA POR LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL y negando las pretensiones de la demanda incoadas por el (la) señor (a) ARACELLY DEL CARMEN MARCHENA BUELVAS¹.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

Que, mediante Resolución CPS 0186 del 4 de junio de 2008, la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia reconoció pensión mensual vitalicia de vejez a Aracelly del Carmen Marchena Buelvas. En los considerandos de ese acto administrativo se adujo que: i) la pensionada estaba cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que al aplicar el régimen anterior *«la cuantía de la prestación equivaldría al 75% del promedio de*

¹ Folio 12 del expediente de tutela.

los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994»², y ii) que resultaba mejor liquidar la pensión de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, pues el monto de la pensión equivaldría al 79.5% del promedio de los factores salariales establecido en el Decreto 1158 de 1994. Que, por tanto, en virtud del principio de favorabilidad, se liquidó la pensión conforme a la Ley 100 de 1993.

Que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, en Resolución CPS 0346 del 14 de octubre de 2008, reliquidó la pensión de vejez de Aracelly del Carmen Marchena Buelvas por retiro definitivo, de conformidad con el artículo 150 de la Ley 100 de 1993³.

Que, posteriormente, Aracelly del Carmen Marchena Buelvas solicitó al Fondo Pensional de la Universidad Nacional que reliquidara la pensión según la Ley 33 de 1985, esto es, con aplicación del 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Que, sin embargo, el Fondo Pensional de la Universidad Nacional negó esa petición mediante la Resolución FP 0109 del 4 de mayo de 2011.

Que, ante la negativa de la administración, Aracelly del Carmen Marchena Buelvas promovió medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Fondo Pensional de la Universidad Nacional, para obtener la nulidad de la Resolución FP 0109

² Folio 13 del expediente del proceso ordinario.

³ ARTICULO. 150.-Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

del 4 de mayo de 2011 y, a título de restablecimiento del derecho, lograr la reliquidación de la pensión.

Que, mediante sentencia del 28 de marzo de 2012, el Juzgado 18 Administrativo de Bogotá: i) declaró la nulidad de la Resolución FP 109 del 4 de mayo de 2011; ii) ordenó al Fondo Pensional de la Universidad Nacional que reliquidara la pensión de la demandante, *«con base en el 75% del promedio de salarios legales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 6 de agosto de 2007 y el 5 de agosto de 2008, que son: asignación básica, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y las doceavas partes de las primas de servicios, de navidad, de vacaciones, del ajuste prima de vacaciones por retiro y del ajuste por prima de navidad por retiro y el quinquenio por retiro, el cual se liquidará de manera proporcional»*⁴, y iii) condenó a la entidad demandada a pagar las diferencias que resultaran entre las mesadas pensionales que se venían pagando y las que debieron pagarse, de acuerdo a la correcta liquidación de la prestación. Para sustentar su decisión, el juzgado expuso que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (expediente 0112-09), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, aclaró que las pensiones reconocidas bajo las reglas de la Ley 33 de 1985 debían liquidarse con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Que, inconforme con la sentencia de primera instancia, el Fondo Pensional de la Universidad Nacional apeló. Que, la Sala de Descongestión, Subsección E, Sección Segunda del Tribunal

⁴ Folio 49 del expediente del proceso ordinario.

Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 27 de octubre de 2015, confirmó la declaratoria de nulidad del acto administrativo, pero modificó el restablecimiento del derecho, así: «se *CONDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA – FONDO PENSIONAL, a reconocer, reliquidar y pagar a partir del 5 de agosto de 2008 a la señora ARACELLY DEL CARMEN MARCHENA BUELVAS (...), el valor de la pensión equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por ella durante el último año de servicios, para este caso, el periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2007 y el 4 de agosto de 2008, teniendo en cuenta, además de los ya reconocidos (la asignación básica mensual, la incapacidad médica patrono, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados), el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, las vacaciones del periodo, la 1/12 parte de la prima de servicios, la 1/12 parte de la sumatoria de la prima de navidad y el ajuste prima de navidad por retiro, la 1/12 parte de la sumatoria de la prima de vacaciones y el ajuste prima de vacaciones por retiro y la 1/12 parte del quinquenio por retiro*»⁵.

Los fundamentos del Tribunal fueron: i) que el Consejo de Estado ha establecido que cuando se acude al régimen anterior en virtud de la regla de transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse el régimen anterior en su integridad y eso incluye el ingreso base de liquidación; ii) que, en sentencia T-1225 de 2008, la Corte Constitucional estimó que, en los casos de transición, si el régimen anterior regulaba el ingreso base de liquidación y resultaba más beneficioso, debía aplicarse este último en virtud del principio de

⁵ Folio 193 del expediente del proceso ordinario.

favorabilidad; iii) que, a pesar de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado no ha variado la tesis jurisprudencial acerca de que el ingreso base de liquidación sí hace parte del régimen de transición; iv) que, para efectos de prestaciones sociales, el artículo 32 del Estatuto del Personal Administrativo de la Universidad Nacional remitía a la normatividad aplicable a los servidores públicos del orden nacional y, por lo tanto, el régimen pensional de la demandante —que era parte del personal administrativo— era el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, así como la Ley 100 de 1993; v) que, en efecto, Aracelly del Carmen Marchena Buelvas estaba cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, la pensión debía reconocerse y liquidarse conforme a la Ley 33 de 1985; vi) que, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (expediente 0112-09), el Consejo de Estado dispuso que la liquidación de la pensión a la luz de la ley 33 de 1985 debía tener en cuenta todos aquellos factores que el trabajador percibe de manera habitual y periódica como contraprestación directa de los servicios, pues la lista del artículo 3 de esa ley era enunciativa y no taxativa; vi) que al liquidar correctamente la pensión de la demandante, esto es, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, resultaba falso que fuera más favorable la liquidación de la pensión con las reglas de la Ley 100 de 1993, afirmación esgrimida por la entidad demandada en el acto administrativo atacado.

3. Argumentos de la tutela

La parte actora adujo que la providencia judicial cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente judicial, pues no aplicó la regla jurisprudencial de la Corte Constitucional, establecida en la sentencia

SU-230 de 2015, que dispuso que el ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición debía calcularse con las reglas de la Ley 100 de 1993 y no con el régimen anterior.

Que, además, el precedente constitucional es obligatorio para todas las autoridades públicas, por lo tanto, el tribunal demandado debió acatarlo.

4. Intervención de la Sala de Descongestión, Subsección E, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (autoridad judicial demandada)

La magistrada ponente de la decisión cuestionada solicitó que se negara la acción de tutela. Para tal efecto, dijo:

Que la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial está sujeta al cumplimiento de unos requisitos generales y específicos. Que, a pesar de que los requisitos generales concurren en la totalidad, lo cierto es que no se configura ninguno de los requisitos específicos, por lo que no puede prosperar la acción de tutela.

Que no se configuró el desconocimiento del precedente judicial, toda vez que el tribunal dio aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Que, además, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado, en fallos dictados recientemente, ha reiterado la tesis que reprocha la parte actora.

5. Intervención de Aracelly del Carmen Marchena Buelvas (tercero con interés)

El apoderado judicial de la demandante en el proceso ordinario pidió que se negara el amparo solicitado por el Fondo Pensional de la Universidad Nacional. En concreto, manifestó:

Que no había vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, debido a que se respetaron todas las garantías procesales y se agotaron todas las etapas para emitir una decisión de fondo, que cumplió con todas las formalidades del caso. Que, como no se vulneraron esos derechos, la presente acción de tutela no es de relevancia constitucional.

Que, para la fecha en que fue expedida la providencia judicial cuestionada (27 de octubre de 2015, aún no se conocía la sentencia SU-230 de 2015.

Que el tribunal demandado explicó las razones de orden legal y jurisprudencial que lo condujeron a resolver el caso en la forma que lo hizo, debiendo destacarse la aplicación del precedente judicial del Consejo de Estado (expediente 0112-09).

Que varios tribunales administrativos han optado por no aplicar la regla de la SU-230 de 2015.

6. La sentencia impugnada

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de abril de 2016, negó la acción de tutela, al estimar:

Que la Sala Plena de la Sección Segunda, en providencia del 25 de febrero de 2016 (expediente 4683-13), se pronunció acerca del alcance de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 y reiteró la jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 (expediente 0112-09), toda vez que los argumentos de la Corte Constitucional fueron expuestos para enjuiciar un régimen especial de privilegio (C-258 de 2013) y para decidir un caso proveniente de la jurisdicción ordinaria laboral (SU-230 de 2015), más no para precisar la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición.

Que, por consiguiente, la Sala de Descongestión, Subsección E, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no incurrió en la causal de desconocimiento del precedente judicial, debido a que aplicó la regla jurisprudencial decantada por el Consejo de Estado.

7. Impugnación

El Fondo Pensional de la Universidad Nacional impugnó la sentencia de tutela de primera instancia. En concreto, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela y predicó la prevalencia y obligatoriedad del precedente constitucional sobre el de las demás jurisdicciones.

Que, en un fallo de tutela de similares características, la Sección Quinta

del Consejo de Estado reconoció la primacía de la jurisprudencia constitucional.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser eficaz para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado como mecanismo transitorio, siempre que esté plenamente acreditada la razón para conceder la tutela.

A partir del año 2012⁶, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁷, se precisó que la acción de tutela es procedente,

⁶ Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

⁷ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01. La Sala Plena precisó:

incluso, para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela. Además, debe examinar si el demandante identificó y sustentó la causal específica de procedibilidad y expuso las razones que sustentan la violación o amenaza de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades frente a las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada vulneró o dejó en situación de amenaza derechos fundamentales.

2.1.11.- Entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela sí procede contra las providencias del Consejo de Estado, materializadas en autos y sentencias, en la medida en que la Corporación hace parte de una de las ramas del poder público –Rama Judicial-, conforme con los artículos 113 y 116 de la Constitución y, por tanto, es una autoridad pública.

Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra las providencias del Consejo de Estado, no es otra cosa que aceptar la prevalencia de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, desarrollar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 4, 6, 121 y 230 Constitucionales.

2.1.12.- No puede perderse de vista que los autos y sentencias que profieren los jueces de las distintas jurisdicciones, incluidos los órganos que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial, pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(i)** defecto sustantivo; **(ii)** defecto fáctico; **(iii)** defecto procedimental absoluto; **(iv)** defecto orgánico; **(v)** error inducido; **(vi)** decisión sin motivación; **(vii)** desconocimiento del precedente, y **(viii)** violación directa de la Constitución.

Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

La tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones de los jueces y, por tanto, no puede admitirse, sin mayores excepciones, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

Es de esa manera que se estudia una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela.

2. Planteamiento del caso

Conviene señalar que la Sala coincide con el juez de tutela de primera instancia en que la solicitud de amparo presentada por el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia superó los requisitos

generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y, por ende, pasa a estudiar el asunto de fondo.

Conforme con los antecedentes de esta providencia, el *a quo* negó el amparo de tutela, debido a que el tribunal demandado aplicó el precedente judicial del Consejo de Estado, establecido en la sentencia del 4 de agosto de 2010 (expediente 0112-09), que fue reiterado incluso con posterioridad a la sentencia SU-230 de 2015.

La impugnación sostiene, en términos generales, que la providencia judicial cuestionada no debió aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino el precedente adoptado por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, pues, según dice, se trata de un precedente obligatorio y prevalente.

En ese contexto, le corresponde a la Sala determinar si la sentencia de tutela de primera instancia se ajustó a derecho al denegar el amparo, porque la sentencia SU-230 de 2015 no era aplicable en el caso de la señora Aracelly del Carmen Marchena Buelvas.

Para ilustrar la forma en que se resolverá el problema jurídico propuesto, la Sala se referirá a: i) el desconocimiento del precedente, como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; ii) la sentencia SU-230 de 2015; iii) el principio de confianza legítima, y iv) la solución del caso.

2.1. Del desconocimiento del precedente

Cuando se hace referencia al precedente judicial se alude a la forma en que un caso similar ya ha sido resuelto en el pasado y que sirve como referente para que se decidan otros conflictos semejantes. Ese precedente, por su pertinencia, debe ser considerado por el juez al momento de decidir el nuevo caso.

La Corte Constitucional ha dicho que la aplicación del precedente judicial implica que⁸: *«un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación»*.

Ahora bien, el precedente judicial es de dos tipos: **(i)** el horizontal, que incluye las decisiones que dictó el mismo juez u otro de igual jerarquía, y **(ii)** el vertical, que está conformado por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

En cuanto al precedente vertical, la Corte Constitucional ha dicho que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía —y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones— no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de ineludible cumplimiento. Es decir, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad,

⁸ Sentencia T-158 de 2006.

los funcionarios judiciales se encuentran vinculados a la regla jurisprudencial que haya fijado el órgano de cierre de cada jurisdicción.

Dicho de otro modo: las situaciones fácticas iguales deben decidirse conforme con la misma solución jurídica que ha previsto el órgano de cierre de cada jurisdicción, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente. Cuando un juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica al analizar los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho y, de contera, viola el derecho a la igualdad.

No obstante la importancia de la regla de vinculación del precedente judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que esa sujeción no es absoluta, pues no se puede desconocer la libertad de interpretación que rige la actividad judicial. Simplemente se busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Por esa razón, se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente fijado por el superior jerárquico, siempre que explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición, de ahí que al juez corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto con anterioridad.

En cuanto al precedente horizontal, y en especial al que atañe a las providencias que dictan los jueces de igual jerarquía, conviene decir que la observancia no es tan rigurosa como la que se predica del precedente vertical, pues, es apenas comprensible que, en virtud de la autonomía

judicial, entre jueces de la misma jerarquía existan criterios de interpretación y decisión distintos frente a casos análogos. Es en ese momento, entonces, que la decisión del superior jerárquico o del órgano de cierre, según el caso, adquiere capital importancia para efectos de preservar la seguridad jurídica y garantizar el derecho fundamental a la igualdad, en tanto que fija una regla jurisprudencial de decisión frente a casos análogos y, por contera, unifica la disparidad de criterios existente entre los inferiores jerárquicos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que el juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical cuando: «(i) *en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’⁹; y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo*»¹⁰.

⁹ Sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Además, en esta oportunidad se sostuvo: “El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido rationes decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen”.

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

En resumidas cuentas, para examinar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, por desconocimiento del precedente judicial, se deben observar las siguientes reglas¹¹:

- (i) El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció¹².
- (ii) El juez de tutela debe confirmar la existencia del precedente judicial que se habría dejado de aplicar. Esto es, debe identificar si de verdad existe un caso análogo ya decidido.
- (iii) Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar.
- (iv) Si, en efecto, el juez natural dejó de aplicarlo, se debe verificar si existen diferencias entre el precedente y el conflicto que decidió, o si el juez expuso las razones para apartarse del precedente judicial. Si existen diferencias no habrá desconocimiento del precedente judicial. Aunque los casos sean similares, tampoco habrá desconocimiento del precedente si el juez expone las razones para apartarse.
- (v) El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión (*ratio decidendi*). La razón central de la decisión surge de la valoración que el juez hace de

¹¹ Sobre el tema, ver entre otras, la sentencia T-482 de 2011.

¹² Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho: “*la existencia de un precedente no depende del hecho de que se haya dictado una sentencia en la cual se contenga una regla de derecho que se estime aplicable al caso. Es necesario que se demuestre que efectivamente es aplicable al caso, para lo cual resulta indispensable que se aporten elementos de juicio –se argumente– a partir de las sentencias. Quien alega, tiene el deber de indicar que las sentencias (i) se refieren a situaciones similares y (ii) que la solución jurídica del caso (su ratio decidendi), ha de ser aplicada en el caso objeto de análisis. También podrá demandarse la aplicación del precedente, por vía analógica*” (se destaca).

las normas frente a los hechos y el material probatorio en cada caso concreto¹³.

(vi) Si no se acató el precedente judicial la tutela será procedente para la protección del derecho a la igualdad.

2.2. De la sentencia SU-230 de 2015

Conviene decir que antes de la expedición de la SU-230 de 2015 (abril de 2015) la Corte pregonaba que el ingreso base de liquidación sí hacía parte del régimen de transición, y por consiguiente, la aplicación del régimen anterior cobijaba la edad, el tiempo de servicio y el monto, que incluía el ingreso base de liquidación.

En el mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁴, máximo órgano de lo contencioso administrativo en materia laboral, sostiene que el régimen de transición sí incluye el ingreso base de liquidación.

Sin embargo, la posición asumida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 cambió el criterio jurisprudencial y ahora estima que el ingreso base de liquidación no es un elemento del régimen de transición. En lo pertinente, la sentencia dice:

3. CONCLUSIONES

¹³ Para la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* es “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”. Ver, por ejemplo, la sentencia T-443 de 2010.

¹⁴ Ver: Sentencia del 21 de septiembre de 2000 (exp. 470-99), sentencia del 18 de febrero de 2010, (exp. 1020-08), sentencia del 25 de febrero de 2016 (exp. 4683-13), entre otras.

3.3.1. Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

3.3.2. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Conforme con lo anterior, actualmente, la Corte Constitucional predica que el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Justamente, ese cambio de jurisprudencia amerita que la Sala haga una consideración especial sobre el principio de confianza legítima, respecto de decisiones judiciales, tal y como pasa a exponerse a continuación.

2.3. Del principio de confianza legítima

Es importante considerar que la Constitución Política establece una serie de principios que propenden por la salvaguarda de los intereses de los asociados frente a las decisiones del Estado, que pudieren alterar significativamente las relaciones que surgen entre el Estado y los administrados. Dentro de esos principios la Sala destaca el de la confianza legítima.

Precisamente, la Corte Constitucional ha sido uno de los órganos que más ha recurrido a ese principio para proteger la integridad del ordenamiento constitucional o amparar derechos fundamentales de las personas. Sobre el principio de la confianza legítima, señaló:

Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación¹⁵.

Bajo esa perspectiva, la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas —trátase de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales—.

¹⁵ C-131 de 2004.

Ahora bien, es de anotar que la confianza legítima no tiene la connotación de principio absoluto y, por tanto, es factible su limitación o restricción, en razón de otros principios constitucionales que también ameriten aplicación según las particularidades del caso. Así, la confianza legítima debe ceder, por ejemplo, frente a un interés público imperioso que se le contraponga.

Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias.

Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida.

En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima.

Sin embargo, debe precisarse que si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho, lo cierto es que debe hacerlo con

sindéresis y con cuidado de no afectar derechos fundamentales. En efecto, puede ocurrir que la nueva regla no pueda aplicarse de manera inmediata, porque, de hacerlo, se afectarían las expectativas legítimas de los asociados. En ese caso, es conveniente adoptar medidas para proteger esas expectativas.

Esas medidas de protección deben aplicarse en los casos en los que se cambia de criterio jurisprudencial respecto de derechos de carácter pensional, pues, como se sabe, ese tipo de derechos procuran la satisfacción de necesidades básicas de las personas de la tercera edad, quienes han perdido gran parte de la capacidad laboral y, por lo mismo, se les dificulta o imposibilita ejercer una actividad productiva. Esa clase de derechos gozan de una fuente constitucional (artículos 48 y 53).

Esa importancia de los derechos pensionales ha motivado, por ejemplo, que el legislador, al usar la potestad legislativa para modificar las condiciones de reconocimiento del derecho pensional, incluya cláusulas de respeto para con las personas que se acerquen al cumplimiento del estatus pensional, por lo que introduce los denominados regímenes de transición, para no defraudar bruscamente las expectativas legítimas de esas personas.

La Sala estima que si el legislador procura respetar la confianza legítima de las personas en materia pensional, nada obsta para que los órganos jurisdiccionales, al cambiar la jurisprudencia en detrimento de los derechos pensionales, sigan ese mismo ejemplo, esto es, respetar la confianza legítima.

A partir de lo anterior, la Sala encuentra que la variación jurisprudencial que introdujo la SU-230 de 2015 representa una alteración significativa de las relaciones jurídicas que se suscitan entre las personas con derecho a pensión bajo el régimen de transición y los respectivos fondos de pensiones.

Para ilustrar lo anterior, conviene anotar que muchos pensionados obtuvieron el reconocimiento de esa prestación con fundamento en el régimen de transición. Sin embargo, el ingreso base de liquidación les fue calculado de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993 (bien sea artículo 21 o inciso 3º del artículo 36), lo que justificó que, de conformidad con la jurisprudencia que predicaba la propia Corte Constitucional antes de la SU-230 de 2015, iniciaran las respectivas acciones administrativas y judiciales, pues legítimamente estimaban que se les desconocía un derecho sustancial: cálculo del IBL con el régimen anterior, que había sido reconocido jurisprudencialmente tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

De este modo, a juicio de la Sala, el pronunciamiento de la Corte Constitucional produjo la extinción de un derecho sustancial de carácter pensional (o al menos la eliminación de una expectativa legítima) de las personas beneficiarias del régimen de transición, que creían, con fundamento en la jurisprudencia, que el ingreso base de liquidación de sus pensiones debía ser calculado en la forma prevista en el régimen anterior.

Justamente por lo anterior, esto es, por tratarse de un cambio de jurisprudencia respecto de derechos pensionales, la Sala concluye que resultaría desproporcionada la aplicación inmediata del precedente

judicial establecido en la sentencia SU-230 de 2015. Como se ilustró, muchas personas tenían la expectativa legítima de que les asistía el derecho a que el ingreso base de liquidación se calculara con el régimen anterior, pues venía siendo reconocido jurisprudencialmente, y, por ende, acudieron a la jurisdicción a reclamarlo. La desproporción se manifiesta en que se estarían alterando relaciones jurídicas de contenido pensional, en detrimento del trabajador, sin que las razones que motivaron el cambio jurisprudencial se fundamenten en principios constitucionales de mayor valor.

La Sala estima que, en aras de salvaguardar esas expectativas legítimas, resulta más razonable aplicar el precedente de la sentencia SU-230 de 2015 solo en aquellos casos en los que la controversia judicial se formule (presentación de la demanda) con posterioridad a la existencia del precedente (29 de abril de 2015), pues solo a partir de ese momento podría exigírsele al administrado que conozca la nueva postura jurisprudencial. Si después del 29 de abril de 2015, el interesado opta por reclamar judicialmente ese derecho —IBL con régimen anterior—, es admisible suponer que lo hace a sabiendas del nuevo precedente.

2.4. De la aplicación de la SU-230 de 2015 en el caso concreto

En el *sub lite*, ocurre que la demanda de Aracelly del Carmen Marchena Buelvas fue presentada el 12 de septiembre de 2011¹⁶. Y eso significa que la reclamación judicial se hizo antes de la existencia del precedente de la SU-230 de 2015, es decir, cuando la demandante acudió a la

¹⁶ Acta individual de reparto, visible a folio 55 del expediente del proceso ordinario.

jurisdicción, tenía la expectativa legítima de que le asistía el derecho al IBL con el régimen anterior.

Téngase en cuenta, además, que la sentencia de primera instancia fue proferida el 28 de marzo de 2012¹⁷, esto es, incluso antes de la existencia del precedente que se invoca en esta acción de tutela.

Y si bien para el 27 de octubre de 2015, fecha en que se profirió la sentencia cuestionada¹⁸ (segunda instancia en el proceso ordinario), ya existía el precedente judicial de la SU-230 de 2015, lo cierto es que la aplicación en ese caso concreto significaría defraudar la confianza legítima de la demandante, quien acudió a reclamar un derecho pensional con la expectativa que la propia jurisprudencia le formó. Se insiste, la sentencia SU-230 de 2015 únicamente se aplica para las controversias que se promuevan después de la expedición de esa sentencia.

En consecuencia, a criterio de la Sala, el precedente judicial adoptado en la SU-230 de 2015 no resultaba aplicable en el proceso promovido por Aracelly del Carmen Marchena Buelvas contra el Fondo Pensional de la Universidad Nacional, so pena de defraudar las expectativas legítimas de la pensionada.

Queda resuelto, entonces, el problema jurídico: la sentencia de tutela de primera instancia se ajustó a derecho al denegar el amparo, toda vez que es cierto que la sentencia SU-230 de 2015 no se aplica en el caso

¹⁷ Folios 87-100 del expediente del proceso ordinario.

¹⁸ Folios 155-194 del expediente del proceso ordinario.

de la señora Aracelly del Carmen Marchena Buelvas, pero por las razones aquí expuestas.

Se impone, pues, confirmar la sentencia impugnada.

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

FALLA

- 1. Confirmar** la sentencia impugnada, pero por las razones aquí expuestas.
- 2. Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 3. Devolver** el expediente del proceso ordinario, remitido en calidad de préstamo, al juzgado de origen y enviar el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BÁRCENAS**

Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ