

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00795-00(AC)

Actor: ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010)

Ficha	CE SCA 795-00 (AC) de 2010
Convenciones	
Color Verde	Problema Jurídico
Color Azul agua	Ratio Decidendi

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Improcedencia frente a providencias de las altas Cortes

En cuanto a la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Sección considera que sólo procede en casos excepcionalísimos, en los que se evidencie fehacientemente que con su expedición se vulneran derechos fundamentales. Lo anterior, porque los jueces, al igual que las demás autoridades públicas con poder de decisión, no están exentos de equivocarse y, por ende, de amenazar o vulnerar derechos constitucionales fundamentales, circunstancia que, de acuerdo con el artículo 86 Superior, permite la intervención del juez constitucional con las restricciones y en los precisos términos de la norma en cita. En efecto, no se puede perder de vista que esta acción es, ante todo, un mecanismo de protección que tiene carácter residual y subsidiario frente a las acciones y los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico para que los interesados hagan efectivos sus derechos, ordenamiento jurídico que, en su conjunto, está precisamente diseñado para garantizar los derechos constitucionales fundamentales. Ello es tan cierto que todos los procesos contemplan recursos ordinarios, y, algunos, los extraordinarios, para controvertir las decisiones de los jueces y tribunales y, en caso de que éstas presenten falencias, remediarlas. No obstante, el reconocimiento de los procesos ordinarios como escenarios por excelencia para materializar la garantía de los derechos constitucionales fundamentales (artículo 228 CP), la autonomía e independencia judicial (artículo 230 CP), el atributo de la cosa juzgada que se predica de los fallos dictados por los jueces y, la vigencia del principio de seguridad jurídica no contravienen la necesidad de asegurar la justicia material en el Estado Social de Derecho. De ahí que, con el único objetivo de proteger derechos constitucionales fundamentales, con base en el artículo 86 de la Constitución Política, procedería la tutela de forma excepcionalísima contra las providencias judiciales. Es de suma importancia precisar que la posibilidad de que inusualmente el juez de tutela estudie providencias judiciales no se extiende a las dictadas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, quienes son órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones por disposición expresa del constituyente (artículos 237 ^[1], 234 y 241 y 243 de la Constitución Política).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [228](#) / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [230](#) / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [237](#) / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [234](#) / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [241](#) / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [243](#)

NOTA DE RELATORIA: Sobre la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales de las altas Cortes; Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto de 29 de junio de 2004, Rad. AC-10203, MP. Nicolás Pájaro Peñaranda; Sección Primera, Auto de 20 de septiembre de 2006, Rad. 2007-270, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

TUTELAS CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Requisitos generales o causales genéricas. Causales especiales de procedibilidad

En efecto, la doctrina constitucional vigente acepta la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, siempre que se verifique el cumplimiento de los requisitos generales o causales genéricas de procedibilidad enunciados en la sentencia C-590 de 2005, así: (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora; (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela. Una vez agotado el estudio de estos requisitos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente y h) violación directa de la Constitución.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Principio fundamental mínimo en materia laboral / PENSION DE JUBILIACION - Factores de liquidación con base en todos los factores salariales / LIQUIDACION PENSIONAL - Factores / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procede si se desconoce un postulado constitucional. Procedencia por desconocimiento del principio de favorabilidad

Conforme al artículo [53](#) de la Constitución Política, la favorabilidad constituye uno de los principios fundamentales mínimos en materia laboral, en cuya virtud se garantiza al trabajador la situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. En relación con este principio la Corte Constitucional ha dicho que “[...] el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u

odiosos [...]”

De acuerdo con lo anterior, es claro que en caso de duda respecto de la interpretación de una determinada disposición normativa, el Juzgador está obligado, por expreso mandato Constitucional, a escoger entre las interpretaciones posibles aquella que beneficie de manera más amplia al trabajador y no la que restrinja sus derechos al punto de desmejorarlos e, incluso, de hacerlos nugatorios, como ocurrió en el presente caso. En efecto, si bien el tema de la interpretación del artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985 no ha sido pacífico en materia jurisprudencial, lo cierto es que de las interpretaciones posibles de tal disposición, el juez natural del caso ha debido elegir, porque así lo manda perentoriamente la Constitución, la que fuera más favorable a la trabajadora, no la que limitara sus derechos y resultara evidentemente desventajosa para ella. Y, comoquiera que el Tribunal accionado decidió aplicar al caso de la actora el entendimiento que le resultaba menos favorable para el reconocimiento de su pensión, vulneró en forma directa el artículo [53](#) de la Constitución Política. En relación con esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte Constitucional ha expresado que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. (...) Cobra más fuerza lo anterior si se tiene en cuenta que en reciente pronunciamiento la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo que “[...] en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley [33](#) de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios” (...) Con base en lo expuesto, es evidente que la accionante tiene derecho a que se le reconozca la pensión con todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, los que CAJANAL no tuvo en cuenta al liquidar su prestación ni fueron reconocidos por el Tribunal accionado en la sentencia de 10 de junio de 2010, mediante la cual falló en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló contra la Resolución 36549 de 3 de noviembre de 2005, que le reconoció la pensión pero sin incluir dichos factores. (...) En consecuencia, la Sala dejará sin efecto la mencionada sentencia de 10 de junio de 2010, que revocó el fallo de primera instancia dictado el 4 de marzo de 2009 por el Juzgado 30 Administrativo de Bogotá y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la accionante, y ordenará a la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que dicte un nuevo fallo de segundo grado que tenga en cuenta las consideraciones que anteceden, así como el hecho de que la actora se retiró del servicio en forma definitiva el 30 de octubre de 2006.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO [53](#) / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO [3](#)

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de favorabilidad, Corte Constitucional, sentencias T-[545](#) de 28 de mayo de 2004, sentencia T-001 de 1999, sentencia SU-1185 de 2001.

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00[795](#)-00(AC)

Actor: ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010)

Decide la Sala la acción de tutela promovida por ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de conformidad con lo establecido en el artículo [10](#) del Decreto 1382 de 2000.

I. ANTECEDENTES

ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA, por conducto de apoderado, promovió acción de tutela contra la Corporación Judicial mencionada, por cuanto consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social, a la vida y a la subsistencia digna, conforme a los siguientes hechos:

Nació el 28 de diciembre de 1948, por lo que a 1o de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993, tenía más de cuarenta y cinco (45) años de edad y, por ende, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la misma Ley.

Por reunir los requisitos de tiempo de trabajo y edad legalmente exigidos, mediante la Resolución 036549 de 3 de noviembre de 2005 la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual por vejez en cuantía de \$3.685.098, pago que condicionó a que demostrara su retiro definitivo del servicio.

En dicho acto, CAJANAL consideró que, en aplicación del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 y de la sentencia 168 de 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, el ingreso base para la liquidación de la pensión correspondía al 75% del promedio de lo devengado entre el 1o de abril de 1994 y el 28 de febrero de 2005 y que únicamente se debían tener en cuenta como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios, previstas en el artículo [1](#) del Decreto 1158 de 1994.

Además, se negó a aplicar el Decreto [546](#) de 1971 para liquidar la pensión, esto es, con la asignación mensual más elevada del último año y con todos los factores de salario, con el argumento de que la reclamante no laboró, por lo menos diez (10) años continuos o discontinuos, en la Rama Judicial o en el Ministerio Público.

Formuló acción de tutela contra CAJANAL, por cuanto consideró que no se le reconoció la pensión con todos los factores que legalmente le correspondían en su condición de empleada de la Rama Judicial, pues, estuvo vinculada al Consejo de Estado como Magistrada Auxiliar desde el 14 de enero de 1998 hasta el 30 de octubre de 2006.

De la acción conoció el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia de 18 de enero de 2006 ordenó a CAJANAL que prohiriera un nuevo acto administrativo de reconocimiento de la pensión que atendiera el régimen previsto en el Decreto [546](#) de 1971, orden en cuyo cumplimiento dicha entidad expidió la Resolución 10742 de 7 de marzo de 2006, en la que reliquidó la pensión en la suma de \$9.537.500, para lo cual tuvo en cuenta el salario más alto devengado en el último año y todos los factores que sirvieron de base para la cotización de los aportes pensionales, prestación que sería efectiva a partir de agosto de 2005, por el término de cuatro (4) meses, condicionada al ejercicio de la acción judicial pertinente.

Al decidir la impugnación interpuesta por CAJANAL, la Sala Penal del Tribunal Superior de

Bogotá revocó el fallo del Juzgado mediante sentencia de 9 de marzo de 2006, porque estimó improcedente la acción en razón de la existencia de otro medio de defensa judicial y porque no se acreditó un perjuicio irremediable.

En consecuencia, quedó sin efecto la reliquidación efectuada a través de la Resolución 10742 de 7 de marzo de 2006 y en firme la Resolución 36549 de 3 de noviembre de 2005, que le reconoció la pensión pero sin los factores de ley.

Por lo anterior, promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la citada Resolución 36549 de 3 de noviembre de 2005, con el fin de que se anulara parcialmente y se ordenara a CAJANAL que le reliquidara la pensión con base en todos los factores salariales, en especial las bonificaciones por compensación y por gestión judicial creadas por los Decretos [610](#) de 1994 y 4040 de 2004, respectivamente, pues, al estar amparada por el régimen de transición de la Ley [100](#) de 1993, para liquidar la pensión debían aplicarse las leyes [33](#) y [62](#) de 1985.

Adicionalmente, mediante escrito radicado el 11 de septiembre de 2006, solicitó a CAJANAL que le reliquidara la pensión reconocida en la Resolución 36549 de 2005 con base en el 75% del salario que percibió en el año anterior a aquel en el que pidió la pensión, es decir, entre el 10 de febrero de 2003 y el 10 de febrero de 2004 y con todos los factores salariales, según lo prevé el artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, solicitud que dicha entidad consideró improcedente resolver al encontrarse en trámite la acción contenciosa, como se lo comunicó a la accionante.

Mediante sentencia de 4 de marzo de 2009, el Juzgado 30 Administrativo de Bogotá anuló parcialmente la Resolución 36549 de 2005 y ordenó a CAJANAL reliquidar la pensión, a partir del 1o de marzo de 2005, con el 75% del salario devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional (28 de diciembre de 2002 a 28 de diciembre de 2003) en la que debía incluir, además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y los valores correspondientes a bonificación por compensación, prima especial, prima de servicios, gastos de representación, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por gestión judicial.

Para adoptar dicha decisión, el Juzgado consideró que la actora tiene derecho no tanto porque la cobije el régimen prestacional especial de los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público, sino porque al amparo del régimen de transición y de las leyes [33](#) y [62](#) de 1985, su pensión ha debido liquidarse por el 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, sobre la base de que salario es todo lo que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de su labor, posición que apoyó en el precedente contenido en la sentencia de 21 de septiembre de 2000 de la Sección Segunda del Consejo de Estado (Exp. 99-470) y en el fallo de 15 de marzo de 2007, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Exp. 05-5064).

CAJANAL interpuso recurso de apelación contra el fallo anterior con el argumento de que los factores salariales base de liquidación de la pensión se limitan a los contemplados en el artículo 1o del Decreto 1518 de 1994.

Por su parte, la accionante también apeló la sentencia porque no tuvo en cuenta que su último año de servicios fue el comprendido entre el 30 de octubre de 2005 y el 30 de octubre de 2006, fecha en que renunció al cargo de Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado y se produjo su retiro definitivo del servicio.

El Tribunal decidió los recursos interpuestos a través de la sentencia de 10 de junio de 2010,

objeto de tutela, en el sentido de revocar el fallo apelado y negar las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo que aunque la actora está cobijada por el régimen de transición, no le es aplicable el Decreto [546](#) de 1971, porque no laboró al menos diez (10) años en la Rama Judicial o el Ministerio Público, por lo que para determinar la base de la liquidación sólo se le pueden tener en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, dado que los demás factores que reclama no están taxativamente incluidos en las leyes [33](#) y [62](#) de 1985.

En sustento de su tesis, el Tribunal adujo lo expuesto en las sentencias proferidas el 26 de junio y el 6 de agosto de 2008 por la Sección Segunda del Consejo de Estado (Exp. 1277-2007 y 0640-08, en su orden), en las que se consideró que los factores previstos en la citadas leyes son taxativos, por lo que no es posible reconocer al trabajador otros beneficios otorgados legal o extralegalmente, concretamente en los casos analizados, los valores pagados a los actores por concepto de prima de antigüedad, de vacaciones, quinquenio y viáticos, porque no estaban expresamente contemplados en tales leyes.

A juicio de la accionante, la sentencia de 10 de junio de 2010 incurrió en defecto sustantivo, porque interpretó erróneamente el artículo tercero de la Ley [33](#) de 1985, en el sentido de limitar sustancialmente su alcance en desmedro de sus derechos, a la vez que inaplicó los Decretos [610](#) de 1998 y 4040 de 2004, conductas con las que no sólo desconoció, sin justificación alguna, el principio constitucional de favorabilidad y el precedente judicial del Consejo de Estado, sino que violó directamente la Constitución Política y los derechos fundamentales cuya protección invocó.

Al respecto, adujo que al interpretar el artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año (art. [1](#)), el Consejo de Estado ha dicho, en contra de lo sostenido en la sentencia objeto de tutela, que la duda generada por la aparente contradicción que contiene dicha norma, en cuanto en su primer inciso señala de manera expresa los factores salariales base de liquidación de los aportes para pensión, mientras que en su segunda parte advierte que las pensiones siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, debe necesariamente resolverse, por mandato del artículo [53](#) de la Constitución Política, por la disposición más favorable, esto es, por la regla establecida en el inciso final del citado artículo [3](#), que obliga a liquidar la pensión sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular los aportes (Consejo de Estado, fallo de 21 de septiembre de 2000, Exp. 99-470).

Indicó que los fallos de 26 de junio y 6 de agosto de 2008 del Consejo de Estado (Exp. 1277-2007 y [0640](#)-08) en los que el Tribunal basó su decisión, además de que no contienen una exposición de la que se pueda inferir un cambio jurisprudencial en cuya virtud se considere inaplicable el principio de favorabilidad en materia laboral, tampoco servían de referencia para decidir el asunto, dado que la situación fáctico jurídica en ellos planteada es distinta a la de la accionante, toda vez que en ellos se analizó la improcedencia de incluir en la base de liquidación de la pensión factores salariales no previstos en ninguna disposición legal, como la prima de antigüedad, de vacaciones, quinquenio y viáticos, diferente a lo sucedido en su caso, en el que los factores de bonificación por compensación y bonificación por gestión judicial, por disposición expresa de las normas que los crearon, constituyen factor salarial para la pensión de vejez.

Adujo que en fallos posteriores a los mencionados, como los de 5 de noviembre de 2009 (Exp. 0534-2008) y de 3 de diciembre de 2009 (Exp. 2303-2008), el Consejo de Estado ha insistido en la interpretación que debe darse al artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, aplicable a los pensionados amparados por el régimen de transición.

En ese orden de ideas, estimó que al excluir de la base de liquidación de su pensión los factores correspondientes a bonificación por compensación (Decreto [610](#) de 1998), bonificación por gestión judicial (Decreto 4040 de 2004), prima especial (Ley 332 de 1996), primas de servicios, de vacaciones y de navidad y gastos de representación, que sirvieron de base para calcular sus aportes, el Tribunal inaplicó el inciso final del artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985 y los Decretos [610](#) de 1998 y 4040 de 2004.

En cuanto a los dos últimos decretos citados, señaló que se aplican a los servidores judiciales beneficiarios de los mismos, como los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes -incluso a los que ingresaron a tales cargos con posterioridad a su expedición-, entre los cuales se encontraba, dado que laboró durante más de ocho (8) años como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado (14 de enero de 1998 a 30 de octubre de 2006), independientemente de que no esté cobijada por el régimen especial del Decreto [546](#) de 1971 por no haber estado vinculada a la Rama Judicial por el término de diez (10) años.

En consecuencia, para la actora resulta paradójico que en los términos de la sentencia cuestionada, las nuevas personas que se vinculen en tales cargos tendrían derecho a que en su pensión se incluya la bonificación como factor salarial, porque así lo disponen expresamente las normas que la regulan, lo que no ocurriría en su caso, al no estar cobijada por el régimen especial de pensiones de la Rama Judicial establecido en el Decreto [546](#) de 1971.

Indicó que la tutela es procedente, comoquiera que la providencia atacada fue proferida en segunda instancia y es definitiva, por lo que el único medio de defensa de que dispone para controvertirla e impedir la violación de sus derechos fundamentales es esta acción, derechos cuya protección no puede quedar supeditada a trabas procesales, dado que, según la propia Constitución, siempre debe primar el derecho sustancial.

Agregó, que es una persona de la tercera edad, por lo que su condición de debilidad manifiesta permite que se le otorgue un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista con el fin de no afectar sus derechos al mínimo vital, a la salud e, incluso, a su propia subsistencia.

Por lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia del Tribunal y que, en su lugar, se confirmara el fallo de primera instancia proferido el 4 de marzo de 2009 por el Juzgado Treinta Administrativo de Bogotá, con la aclaración relativa a que su último año de servicios estuvo comprendido entre el 30 de octubre de 2005 y el 30 de octubre de 2006.

OPOSICION

La Magistrada que actuó como Ponente del asunto en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó que se negaran las pretensiones de la acción, dado que el fallo controvertido no incurrió en ninguno de los defectos que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional hacen procedente la tutela contra providencias judiciales.

Adujo que para negar las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que la actora formuló contra CAJANAL, la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal llevó a cabo un análisis objetivo de los hechos de la demanda frente al acto acusado y al material probatorio a la luz de la preceptiva rectora del asunto, razón por la cual dicho proveído se debe mantener incólume.

Concluyó que la sentencia de segunda instancia obedeció al debido ejercicio de la autonomía e independencia que ampara la titularidad de los jueces para interpretar y aplicar las reglas

contentivas de cada hipótesis, dentro del estricto marco de la sana crítica y del imperio de los derechos fundamentales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo [86](#) de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos en que así se autoriza. Dada su naturaleza subsidiaria, sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

En cuanto a la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Sección considera que sólo procede en casos excepcionales, en los que se evidencie fehacientemente que con su expedición se vulneran derechos fundamentales.

Lo anterior, porque los jueces, al igual que las demás autoridades públicas con poder de decisión, no están exentos de equivocarse y, por ende, de amenazar o vulnerar derechos constitucionales fundamentales, circunstancia que, de acuerdo con el artículo 86 Superior, permite la intervención del juez constitucional con las restricciones y en los precisos términos de la norma en cita.

En efecto, no se puede perder de vista que esta acción es, ante todo, un mecanismo de protección que tiene carácter residual y subsidiario frente a las acciones y los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico para que los interesados hagan efectivos sus derechos, ordenamiento jurídico que, en su conjunto, está precisamente diseñado para garantizar los derechos constitucionales fundamentales. Ello es tan cierto que todos los procesos contemplan recursos ordinarios, y, algunos, los extraordinarios, para controvertir las decisiones de los jueces y tribunales y, en caso de que éstas presenten falencias, remediarlas.

No obstante, el reconocimiento de los procesos ordinarios como escenarios por excelencia para materializar la garantía de los derechos constitucionales fundamentales (artículo [228](#) CP), la autonomía e independencia judicial (artículo [230](#) CP), el atributo de la cosa juzgada que se predica de los fallos dictados por los jueces y, la vigencia del principio de seguridad jurídica no contravienen la necesidad de asegurar la justicia material en el Estado Social de Derecho.

De ahí que, con el único objetivo de proteger derechos constitucionales fundamentales, con base en el artículo [86](#) de la Constitución Política, procedería la tutela de forma excepcionalísima contra las providencias judiciales.

Es de suma importancia precisar que la posibilidad de que inusualmente el juez de tutela estudie providencias judiciales no se extiende a las dictadas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, quienes son órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones por disposición expresa del constituyente (artículos [237](#) [1], [234](#) y [241](#) y [243](#) de la Constitución Política).

En efecto, la improcedencia de la tutela contra providencias dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sala Plena, de sus Secciones o Subsecciones especializadas, se da por el carácter definitivo e inmodificable de aquéllas, toda vez que deciden sobre asuntos que por mandato constitucional y legal están únicamente asignados a esta

Corporación, de manera que la intervención del juez de tutela en ellos no está permitida, dado que equivaldría a suplantar las funciones del Juez de cierre⁽¹⁾.

Establecida entonces la procedencia excepcionalísima de la tutela contra providencias judiciales, la Sala adoptará la metodología aplicada por el Juez Constitucional para estudiar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, pues, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto y facilita el análisis de este complejo tema.

En efecto, la doctrina constitucional vigente acepta la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, siempre que se verifique el cumplimiento de los requisitos generales o causales genéricas de procedibilidad enunciados en la sentencia C-590 de 2005, así:

- i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;
- ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;
- iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;
- iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;
- v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y
- vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Una vez agotado el estudio de estos requisitos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente y h) violación directa de la Constitución.

En el caso bajo examen la accionante pretende que se deje sin efecto la sentencia proferida el 10 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que revocó el fallo dictado el 4 de marzo de 2009 por el Juzgado Treinta Administrativo de Bogotá, parcialmente estimatorio de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló contra la resolución de CAJANAL que le reconoció la pensión de vejez sin tener en cuenta todos los factores salariales que pidió incluir en la base de liquidación, para, en su lugar, denegar las súplicas de la acción.

Consecuencialmente, pidió que se confirmara el fallo de primera instancia con la aclaración relativa a que su último año de servicios estuvo comprendido entre el 30 de octubre de 2005 y el 30 de octubre de 2006.

Sea lo primero observar que la acción de tutela supera el estudio de las causales genéricas de procedibilidad contra providencias judiciales, razón por la cual es del caso estudiar el fondo del asunto para determinar si el fallo controvertido incurrió en los defectos que se le endilgan.

Se acusa en este caso la sentencia de incurrir en defecto sustantivo, por haber interpretado

erróneamente el artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo [1](#) de la Ley 62 de 1985, en el sentido de limitar sustancialmente su alcance en desmedro de los derechos de la actora, así como de inaplicar los Decretos [610](#) de 1998 y 4040 de 2004 que, en su orden, crearon la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial y dispusieron que las mismas constituyen factor salarial para la pensión de vejez.

A juicio de la accionante, con tal conducta el Tribunal accionado no sólo desconoció, sin justificación alguna, el principio constitucional de favorabilidad y el precedente judicial del Consejo de Estado, sino que violó directamente la Constitución Política y los derechos fundamentales cuya protección invocó.

Al respecto, se observa que el problema jurídico a dilucidar en el presente asunto consiste en determinar si la interpretación que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dio en el fallo cuestionado al artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo [1](#) de la Ley 62 del mismo año, vulneró los derechos fundamentales de la actora al desconocer el principio constitucional de favorabilidad, con lo cual violó directamente la Carta Política y el precedente judicial del Consejo de Estado.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala establecer cuál es el correcto alcance de la citada disposición normativa, esto es, si la sostenida en el fallo cuestionado, conforme a la cual los factores salariales que allí se prevén son taxativos, de modo que para determinar la base de liquidación de la pensión no hay lugar a reconocer otros, aunque hayan sido efectivamente devengados por el trabajador y sobre ellos haya cotizado sus aportes para la seguridad social, caso en el cual se le deben devolver los valores que se le hayan descontado que difieran de los expresamente allí contemplados, o, una segunda, en la que se fundó la sentencia del Juzgado 30 Administrativo de Bogotá y que para la accionante es la interpretación adecuada, que entiende que tales factores son sólo enunciativos, lo que no impide incluir en la base de liquidación pensional otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios, así no haya cotizado sobre ellos para efectos de seguridad social, omisión que al no ser imputable al afiliado o cotizante no puede afectarlo, dado que las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado, como retribución de sus servicios, constituyen salario.

Lo anterior, comoquiera que está claro que la Ley [33](#) de 1985 consagra el régimen pensional aplicable a la accionante, en razón de que la misma está cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, aspecto frente al cual no existe discusión, así como tampoco la hay en relación con el hecho de que a la demandante tampoco le es aplicable el régimen pensional especial de los servidores de la Rama Judicial previsto en el Decreto [546](#) de 1971, dado que no laboró para esta entidad al menos por un término de diez (10) años.

Pues bien, conforme al artículo [1](#) de la Ley 33 de 1985:

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

“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni

aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

“[...]” (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, el artículo [3](#) de la misma Ley 33 de 1985, modificado por el artículo [1](#) de la Ley 62 del mismo año dispone:

“ARTICULO [10](#). Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

En el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se probó que durante el último año de servicio anterior a la fecha en que la actora adquirió el status pensional (28 de diciembre de 2002 a 28 de diciembre de 2003), devengó los siguientes factores salariales, a saber: asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación por compensación, prima especial de servicios, gastos de representación, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por gestión judicial.

Observa la Sala que como consecuencia del entendimiento que el Tribunal accionado dio al artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo [1](#) de la Ley 62 del mismo año, en la base de liquidación de la pensión de la actora únicamente se deben incluir, como factores salariales, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, por cuanto sólo estos conceptos están taxativamente establecidos en el inciso primero del artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985, como susceptibles de conformar dicha base.

Así lo entendió también CAJANAL en la Resolución 36549 de 2005, acto acusado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la actora, razón por la cual el Tribunal consideró que dicho acto no podía ser anulado porque se ajustaba a la legalidad.

Ahora bien, de acuerdo con la interpretación de la citada disposición normativa efectuada por el Juzgado 30 Administrativo de Bogotá, a que se hizo mención, la cual surge del inciso final de la misma norma, la actora tenía derecho a que en la base de la liquidación pensional se incluyeran no sólo la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, sino todos aquellos factores sobre los que cotizó sus aportes para la seguridad social durante el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, esto es, bonificación por compensación (Decreto [610](#) de 1998), bonificación por gestión judicial (Decreto 4040 de 2004), prima especial (Ley 332 de 1996), primas de servicios, de vacaciones y de navidad y gastos de representación.

Conforme al artículo [53](#) de la Constitución Política, la favorabilidad constituye uno de los principios fundamentales mínimos en materia laboral, en cuya virtud se garantiza al trabajador la situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

En relación con este principio la Corte Constitucional ha dicho que “[...] el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos [...]”[\(2\)](#).

De acuerdo con lo anterior, es claro que en caso de duda respecto de la interpretación de una determinada disposición normativa, el Juzgador está obligado, por expreso mandato Constitucional, a escoger entre las interpretaciones posibles aquella que beneficie de manera más amplia al trabajador y no la que restrinja sus derechos al punto de desmejorarlos e, incluso, de hacerlos nugatorios, como ocurrió en el presente caso.

En efecto, si bien el tema de la interpretación del artículo [3](#) de la Ley 33 de 1985 no ha sido pacífico en materia jurisprudencia[\(3\)](#), lo cierto es que de las interpretaciones posibles de tal disposición, el juez natural del caso ha debido elegir, porque así lo manda perentoriamente la Constitución, la que fuera más favorable a la trabajadora, no la que limitara sus derechos y resultara evidentemente desventajosa para ella.

Y, comoquiera que el Tribunal accionado decidió aplicar al caso de la actora el entendimiento que le resultaba menos favorable para el reconocimiento de su pensión, vulneró en forma directa el artículo [53](#) de la Constitución Política.

En relación con esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte Constitucional ha expresado que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política.

En ese sentido, ha dicho que “[...] debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados”[\(4\)](#).

Cobra más fuerza lo anterior si se tiene en cuenta que en reciente pronunciamiento la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo que “[...] en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y **favorabilidad en materia laboral**, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley [33](#) de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios” (resaltado fuera de texto).

La Sección Segunda respaldó esta tesis, entre otras consideraciones, en el respeto de los

principios de progresividad y favorabilidad que deben orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas y, concretamente, respecto a este último principio expresó que, para desatar la ambigüedad interpretativa que surge del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, “es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiario⁽⁵⁾.

“Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse”.

Lo anterior, dijo la Sección Segunda, porque, “[...] no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando (sic) su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos⁽⁶⁾.

Con base en lo expuesto, es evidente que la accionante tiene derecho a que se le reconozca la pensión con todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, los que CAJANAL no tuvo en cuenta al liquidar su prestación ni fueron reconocidos por el Tribunal accionado en la sentencia de 10 de junio de 2010, mediante la cual falló en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló contra la Resolución 36549 de 3 de noviembre de 2005, que le reconoció la pensión pero sin incluir dichos factores.

En efecto, comoquiera que es evidente que la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca violó en forma directa el artículo 53 de la Constitución Política al interpretar el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año, en forma desfavorable a los intereses de la actora, procede concederle la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y a la subsistencia digna que invocó, decisión en virtud de la cual ella tiene derecho a que se dicte una sentencia que respete el principio constitucional de favorabilidad.

En consecuencia, la Sala dejará sin efecto la mencionada sentencia de 10 de junio de 2010, que revocó el fallo de primera instancia dictado el 4 de marzo de 2009 por el Juzgado 30 Administrativo de Bogotá y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la accionante, y ordenará a la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que dicte un nuevo fallo de segundo grado que tenga en cuenta las consideraciones que anteceden, así como el hecho de que la actora se retiró del servicio en forma definitiva el 30 de octubre de 2006.

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

FALLA:

1.- TUTELANSE los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y a la subsistencia

digna de ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Consecuencialmente, se DEJA SIN VALOR NI EFECTO JURIDICO el fallo proferido por dicho Tribunal el 10 de junio de 2010 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la accionante contra CAJANAL (Exp. 25000 2325 000 2006 03837 02) y se ORDENA al mencionado Tribunal que, en el término de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta sentencia, profiera un nuevo fallo que tenga en cuenta lo razonado en la parte considerativa de esta decisión, de lo cual dará cuenta a esta Corporación.

2.- En caso de no ser impugnada la presente providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3.- Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Presidente de la Sección

WILLIAM GIRALDO GIRALDO CARMEN

TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

NOTAS AL FINAL:

1. Autos de 29 de junio de 2004, expediente AC-10203. Actor: Ana Beatriz Moreno Morales, CP doctor Nicolás Pájaro Peñaranda; de 9 de noviembre de 2004, expediente IJ 2004 00270 01, actor: Proniños Pobres, CP doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y de 20 de septiembre de 2006; expediente 1998-5123-01 (4361-02), actor: Rosario Bedoya Becerra CP doctora Ana Margarita Olaya Forero.

2. Sentencia T-[545](#) del 28 de mayo de 2004, en la que se reiteró el criterio expuesto, entre otros fallos, en el T-001 de 1999 y el SU-1185 de 2001.

3. Al respecto, cfr. fallo de unificación de 4 de agosto de 2010 de la Sección segunda del Consejo de Estado. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Sentencia T-555/09, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

5. Ver sentencia T-[248](#) de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

6. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente 2006 07509 01, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

