

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

[¿Incurrió la autoridad judicial accionada en los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente judicial horizontal, vertical y constitucional, al proferir la sentencia del 16 de septiembre de 2021, que revocó la decisión de primera instancia para negar las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?]

En el caso sub examine, las inconformidades de la tutelante giran en torno a los factores salariales que conforman el IBL para reliquidar su pensión de vejez. En esa medida, adujo que se incurrió en defecto sustantivo por dos razones: i) indebido análisis y aplicación del régimen que regula el IBL del personal del INPEC; y ii) desconocimiento del precedente horizontal y vertical, que aduce reconocieron la reliquidación de una pensión de personal del INPEC bajo el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y con base en el último año de servicio. (...) La tutelante aduce que está cobijada por el régimen de transición, y que por lo tanto, debió elegirse la interpretación del Decreto 1950 de 2005 y del parágrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme los cuales se aplica la Ley 32 de 1986 a quienes se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, el 28 de julio de 2003. (...) Al verificar la motivación del fallo objeto de reproche, esta Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Santander efectuó un análisis razonable y motivado del marco normativo (...) [C]ontrario a lo afirmado por la parte actora, la autoridad judicial accionada no solo efectuó un estudio minucioso acerca de las normas que regulan el régimen pensional de trabajadores del INPEC, sino también de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 sobre los factores salariales que conforman el IBL (...) Así las cosas, resulta palmario que la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado bajo este supuesto. (...) [En relación con el desconocimiento del precedente horizontal] [I]a tutelante argumentó que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por omitir la sentencia del 2 de mayo de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander, que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de una persona que trabajó para el INPEC, con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, y que se encontraban enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. También consideró que la prima de riesgo contemplada en el Decreto 446 de 1994 no constituye factor salarial, y al no estar enlistada en el Decreto 1045 de 1978 no puede ser incluida en la liquidación de la pensión del actor, en tal asunto. (...) No obstante, se resalta que se trata de una providencia posterior a la sentencia cuestionada, en tanto el fallo reprochado es del 16 de septiembre de 2021, mientras que la que se alega como desconocida es del 2 de mayo de 2022, por lo que resultaba imposible para el magistrado ponente conocerla. Además, los problemas jurídicos son diferentes (...) Por ende, la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado. (...) [En cuanto al desconocimiento del precedente vertical] [I]a tutelante argumentó en el escrito de impugnación que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por omitir las (...) sentencias del Consejo de Estado (...) Si bien todas las sentencias se refieren a la regla de que resulta desproporcionado y más gravoso exigir el

cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar si una persona es beneficiaria del régimen de transición, lo cierto es que los problemas jurídicos que resuelven son distintos. (...) Adicionalmente, las sentencias con radicado núm. 2011-00807-01 y 2017-04906-01 se refieren a supuestos fácticos distintos, pues se tratan de empleados de la Aeronáutica Civil. En cuanto a la sentencia con radicado núm. 2017-03359-01, se trata de una persona que trabajó en el INPEC, pero se aplican las mismas reglas de la sentencia que aquí se reprocha, dado que ordenó ajustar la pensión conforme los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubiere cotizado. (...) Por último, no son sentencias de unificación, razones suficientes para considerar que la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. (...) [Frente al desconocimiento del precedente constitucional] en el sub examine, la Sala comparte la postura del a quo constitucional, en el sentido de que a pesar de que la tutelante no invocó como desconocida la sentencia T-012 de 2022, lo cierto es que el escrito de tutela se centró en un extracto de esa sentencia (...) Tras revisar la sentencia, esta Sala encuentra que se profirió el 21 de enero de 2022, mientras que el fallo objeto de reproche se profirió el 16 de septiembre de 2021, por lo que le resultaba imposible para el Tribunal Administrativo de Santander conocer una decisión que ni siquiera existía. (...) Adicionalmente, coincide esta Sala con el juez constitucional de primera instancia en que se tratan de problemas jurídicos diferentes (...) Por lo mencionado, la Sala no encuentra configurado el defecto de desconocimiento del precedente constitucional, pues los fallos traídos se refieren a supuestos jurídicos diferentes a los estudiados en el caso bajo estudio y es posterior a la sentencia objeto de reproche. (...) En conclusión, la Sala confirmará la decisión dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que negó el amparo, pero por considerar que no se incurrió en los defectos sustantivo ni de desconocimiento del precedente constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 21 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 34 / DECRETO 1158 DE 1994.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C. veintidós (22) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 11001-03-15-000-2022-01813-01

Accionante: Claudia Patricia Porras González

Accionado: Tribunal Administrativo de Santander

Asunto: Acción de tutela – Segunda instancia

Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. **Subtema 1:** Defectos sustantivo y de desconocimiento del precedente constitucional. **Decisión:** Se confirma el fallo de primera instancia que negó el amparo.

La Sala decide la impugnación presentada por la accionante en contra del fallo de tutela del 6 de mayo de 2022 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado.

I.- ANTECEDENTES

1.- La solicitud de amparo constitucional

El 22 de marzo de 2022¹ la señora Claudia Patricia Porras González, en nombre propio, presentó acción de tutela² en procura de la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que considera transgredidos con la sentencia del 16 de septiembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el marco del asunto de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado núm. 68001-33-33-010-2018-00231-02, que revocó la decisión de primera instancia para negar las pretensiones.

1.1.- Hechos

1.1.1.- La señora Claudia Patricia Porras González nació el 17 de marzo de 1967 y empezó a trabajar en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– desde el 1 de agosto de 1986 hasta el 30 de diciembre de 2013.

1.1.2.- Mediante la Resolución núm. AMB 11224 del 20 de marzo de 2009 CAJANAL le reconoció la pensión de vejez a la señora Porras González, en cuantía de \$941.401.34, equivalente al 75% del salario promedio de los últimos 10 años, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.1.3.- Luego, a través de la Resolución núm. UGM 035549 del 27 de febrero de 2012, CAJANAL reliquidó la anterior pensión en la suma de \$1.171.220, a partir del 1 de marzo de 2011, teniendo como ingreso base de liquidación el 75% sobre el salario promedio de los últimos 10 años.

1.1.4.- Posteriormente, la tutelante solicitó la reliquidación de su pensión en un monto del 80%, conforme con los artículos 33 y 34 de Ley 100 de 1993, la cual fue

¹ El correo electrónico obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado 096FC31CC65BE983 8680645D0AD46E7D 46B19D61E6986F0E 0155E9FE5B900105.

² El escrito de tutela obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado 0AB1465692BEC1CC BD6CB794855F8F07 5E8B4F208AED6C2E D147D83DA08A31AA.

negada por la UGPP³ mediante la Resolución núm. RDP 019154 del 12 de diciembre de 2012.

1.1.5.- Inconforme con la decisión, la señora Porras González interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos de forma desfavorable por la UGPP con la Resolución núm. RDP 009719 del 1 de marzo de 2013 y la Resolución núm. RDP 011727 del 11 de marzo de la misma anualidad, en tanto a pesar de cumplir con las semanas cotizadas no cumplía con la edad exigida.

1.1.6.- Finalmente, mediante la Resolución núm. RDP 033776 del 13 de septiembre de 2016, se ordenó reliquidar la pensión de la tutelante en un monto del 75%, en cuantía de \$1.276.672, por retiro definitivo de la entidad.

1.1.7.- Así las cosas, la señora Claudia Patricia Porras González interpuso demanda en contra de la UGPP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declarara la nulidad parcial de múltiples resoluciones⁴, en relación con los factores salariales, para que se incluyeran en la liquidación todos los devengados durante el último año de servicio.

Frente a la pretensión de nulidad, adujo que se omitieron emolumentos percibidos y que se desconoció el IBL establecido en la Ley 33 de 1986. A título de restablecimiento del derecho, pidió que se le incluyeran los factores salariales establecidos en la Ley 6 de 1945, en el Decreto 1045 de 1978 y en el Decreto 1302 de 1978.

1.1.8.- En primera instancia, el 7 de julio de 2020, el Juzgado Décimo Administrativo de Bucaramanga profirió sentencia⁵, con la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por considerar que conforme con los Decretos 407 y 446 de 1994 debían incluirse ciertos factores para la reliquidación pensional.

³ Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

⁴ La núm. 11224 del 20 de marzo de 2009; la núm. UGM 035549 del 27 de febrero de 2012; la núm. RDP 019154 del 12 de diciembre de 2012, la núm. RDP 009719 del 01 de marzo de 2013; la núm. RDP 011727 del 11 de marzo de 2013; la núm. RDP 012655 del 31 de marzo de 2015, la núm. 22353 del 14 de junio de 2016 y la núm. RDP 033776 del 13 de septiembre de 2016.

⁵ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado 33979AFC74112C22 4CB412071354CCAC BD964F4F9D3A7AC6 D869826C6657C180.

1.1.9.- Inconformes con la decisión, las partes interpusieron recursos de apelación, que fueron desatados por el Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 16 de septiembre de 2021⁶, que revocó la decisión de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal consideró que, para establecer el ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de vejez del personal del INPEC, beneficiario del régimen de transición, se debía aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 *ibídem*, y la regla fijada en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, que establece que se incluirán los factores salariales respecto de los cuales se hayan realizado aportes al sistema de seguridad social.

El Tribunal sostuvo que las normas especiales no resultan aplicables para establecer el IBL, pues la aplicación de la norma anterior –Ley 32 de 1986– se limita a los requisitos de edad, tiempo de servicios y el monto de la pensión, por lo que el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

1.2.- Fundamentos de la acción de tutela

La tutelante adujo que la autoridad judicial accionada incurrió en lo siguiente:

1.2.1.- *Defecto sustantivo por indebida interpretación normativa pensional*, en tanto se desconoció el recuento legal y las posturas ya sentadas por la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de la pensión del personal del INPEC bajo la Ley 32 de 1986. Explicó que la alta corporación constitucional fijó dos interpretaciones sobre los requisitos para cobijarse por el régimen de transición, así:

Por un lado, conforme al artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, se debían tener 500 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de ese Decreto, y en adición, cumplir los requisitos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, 35 años de edad para mujeres o 15 años de servicio para el momento en que entró a regir la Ley 100.

⁶ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado A098FFB37693FC96 9B95C63321798E95 53C070A94D46CADE 76B25BC0D6A4D781.

Por otro lado, con base en el Decreto 1950 de 2005 y el párrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, se aplica la Ley 32 de 1986 a quienes se hubieran vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003).

Precisó que se incurrió en este defecto al escoger la interpretación que *“no consultaba diferentes criterios para resolver conflictos entre normas jurídicas, debiendo preferir la tesis de la primacía del Decreto 1950 de 2005 y al párrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005”*⁷. A su juicio, se debió preferir en atención a los siguientes criterios: (i) finalidad con que fue aprobado; (ii) jerárquico, al tratarse de una disposición constitucional; (iii) temporal, por ser posteriores; (iv) especialidad, al regular específicamente la situación de los integrantes del cuerpo de custodia; y (v) favorabilidad, porque las condiciones son más beneficiosas para su caso.

1.2.2.- *Desconocimiento del precedente jurisprudencial*, para lo cual reiteró los argumentos expuestos sobre defecto sustantivo por no escoger una interpretación específica.

1.3.- Pretensiones de la acción de tutela

La accionante solicitó que se ampararan los derechos fundamentales vulnerados, se dejara sin efecto la sentencia reprochada y, en consecuencia, se ordenara a la entidad accionada que profiriera un fallo de replazo en el que aplicara el párrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el Decreto 1950 de 2005.

2.- Trámite de la acción de tutela en primera instancia

2.1.- Mediante auto del 24 de mayo de 2022⁸ el Tribunal Administrativo de Santander admitió la acción de tutela, vinculó a la UGPP, y ordenó notificar a las partes y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

⁷ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado 0AB1465692BEC1CC BD6CB794855F8F07 5E8B4F208AED6C2E D147D83DA08A31AA, pág. 5.

⁸ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 4, certificado 1762CB2741287343 B13B0A514A91CB04 E73FCF6781A50F2F CAEF02D212D9BE46.

2.2.- La UGPP pidió⁹ que se declarara improcedente la acción constitucional, o en su defecto, se negara, porque lo pretendido por la accionante es sustituir una decisión judicial proferida por el juez natural, que se tomó con base en la valoración probatoria, la normatividad y la jurisprudencia aplicable.

Indicó que el Tribunal Administrativo de Santander consideró razonablemente que la actora no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que no podía pensionarse bajo la Ley 32 de 1986. Afirmó que, en todo caso, el IBL para la pensión debía ser el contenido en el artículo 21 o 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta únicamente los factores salariales sobre los que cotizó.

Sostuvo que la decisión ya hizo tránsito a cosa juzgada, que se respetó el principio de doble instancia, y que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, en razón a que no se evidencia que se hubiere interpuesto recurso extraordinario. Manifestó que no existe perjuicio irremediable, pues la tutelante sigue percibiendo su emolumento mensual. Enfatizó que la acción de tutela no es la vía adecuada para reclamar prestaciones económicas, y que conforme con múltiples sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los factores salariales que integran el IBL solo son aquellos sobre los que se hubieran realizado aportes.

2.3.- La autoridad judicial accionada guardó silencio.

3.- Fallo de tutela de primera instancia

3.1.- La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante fallo del 6 de mayo de 2022¹⁰, negó el amparo solicitado por considerar que el análisis efectuado por el Tribunal Administrativo de Santander fue razonable, y se respaldó en sentencias de la Corte Constitucional. Adujo que si bien la tutelante no citó expresamente como desconocida la sentencia T-012 de 2022, lo cierto es que era el eje central de los fundamentos jurídicos de la acción de tutela, por lo que realizó el análisis únicamente sobre el defecto de desconocimiento del precedente.

⁹ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 8, certificado 9AC5A2D51B4C0896 4EA6D39A52985A3C C891BD3CBAB8D1D9 3519D15BE7812304.

¹⁰ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 11, certificado A0BFB1D6A2E48C99 99268C6C1F4CF613 AA6AD33AD1AA112D BE712D87D0AF5CFC.

3.2.- Explicó que el Tribunal Administrativo de Santander no pudo haber incurrido en el defecto mencionado, pues la sentencia T-012 de 2022 fue proferida con posterioridad a la expedición y notificación del fallo cuestionado, y, además, se trataban de problemas jurídicos distintos, toda vez que el asunto sometido a revisión de la Corte Constitucional era sobre el reconocimiento de una pensión de vejez, mientras que el asunto examinado por el Tribunal Administrativo de Santander era sobre la reliquidación de la pensión de vejez.

3.3.- Enfatizó que múltiples providencias de la Corte Constitucional sostienen que el IBL no hace parte del régimen de transición, por lo que su cálculo se realiza conforme lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que aplica tanto para el régimen general como los especiales y solo con los factores sobre los cuales se hicieron aportes o se cotizó.

4.- Impugnación

4.1.- En contra de la decisión antes aludida, la accionante presentó escrito de impugnación¹¹, mediante el cual aclaró que el objetivo de traer a colación el fallo T-012 de 2022 era que se estudiara la normatividad y el recuento jurisprudencial ahí citado, mediante los cuales debía analizarse el derecho de acceder a la pensión de vejez del personal del INPEC y que fueron anteriores al fallo cuestionado.

4.1.1.- Explicó que su vinculación al INPEC se realizó el 1 de agosto de 1986, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), y que para esa fecha la accionante ya contaba con más de 500 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo, por lo que tenía derecho no solo a recibir la pensión, sino también a que fuese liquidada con los factores de salario devengados y cotizados conforme al régimen previsto en el Decreto 1045 de 1978.

4.1.2.- Enfatizó que, según el párrafo transitorio 5 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, se salvaguarda el régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, por lo que se sigue reconociendo la pensión en aplicación de la Ley 32 de 1986, siempre que se hayan cotizado 500 semanas, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-633 del 29 de agosto de 2007.

¹¹Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 15, certificado AF032B45B7CADB8C C13391C700E62502 3CBB0A523094D58B 2A91CA2FBE2E1E51.

4.1.3.- Argumentó que conforme a múltiples sentencias del Consejo de Estado¹² en casos similares de antinomias sobre el régimen aplicable a funcionarios del INPEC, se arguyó que resultaba desproporcionado y gravoso exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.1.4.- Por último, puso de presente que una de las magistradas que conformó la sala de decisión de la sentencia reprochada, al resolver un caso similar¹³, en sentencia del 2 de mayo de 2022 reconoció la reliquidación de una pensión bajo el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y con base en el último año de servicio.

4.2.- La UGPP se pronunció¹⁴ sobre la impugnación con los mismos argumentos de su contestación, para solicitar la confirmación del fallo de primera instancia.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada en contra del fallo de tutela proferido el 6 de mayo de 2022 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 25 del Acuerdo No. 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- Problema jurídico

Se verificará si la solicitud de amparo constitucional cumple con los requisitos generales de procedibilidad. En caso afirmativo, se determinará si la autoridad acusada incurrió en los defectos aludidos.

3.- La acción de tutela en contra de providencias judiciales

La Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 reconoció que la acción de tutela en contra de providencias judiciales está sujeta al cumplimiento de rigurosos

¹² Sentencia de 12 de junio de 2014, radicado núm. 05001-23-31-000-2012-00100-01 (número interno 3287-2013); sentencia de 22 de abril de 2015, radicado núm. 25000-23-25-000-2011-00807-01 (número interno 2555-13); sentencia de 20 de mayo de 2021, radicado núm. 25000234200020170490601 (número interno 5983-2019); sentencia de fecha ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020) referencia: nulidad y restablecimiento del derecho radicación: 25000 23 42 000 2017 03352 02 (1641-2019)

¹³ Demandante era mayor a ella, se posesionó con posterioridad y solicitó la pensión 1 año antes.

¹⁴ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 21, certificado 0BE4096A096C1447 6A55DAE135E9A18B 1DA909EB2AFBA4C6 7823628C0D728A14.

requisitos de procedibilidad¹⁵ y de procedencia¹⁶, con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos de orden superior.

4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto

4.1.- La tutela cumple con el requisito de *relevancia constitucional*, en tanto en el presente asunto no se discute una situación de índole legal, sino de carácter *ius fundamental*, pues se debe determinar si el Tribunal accionado tomó su decisión con razonabilidad o vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

4.2.- La acción de tutela acredita el requisito de *subsidiariedad*, ya que, en contra de la providencia de segunda instancia, que revocó la decisión del *a quo*, no existe otro medio de impugnación. Esta Sala no le halla razón a la UGPP en cuanto a la procedencia del recurso extraordinario, pues no se advierte de forma preliminar la configuración de alguna de las causales taxativas que lo hacen viable.

4.3.- El presupuesto de *inmediatez* igualmente se encuentra superado. En efecto, la sentencia de segunda instancia fue proferida el 16 de septiembre de 2021¹⁷ y notificada el 23 de septiembre de 2021¹⁸. Por su parte, el amparo se interpuso el 22 de marzo 2022¹⁹, esto es, dentro del término razonable señalado por la jurisprudencia²⁰.

4.4.- Ahora bien, en cuanto a que el escrito de tutela esté *debidamente motivado*, lo que implica una exposición suficiente de los hechos y argumentos que generan

¹⁵ De acuerdo con la sentencia C-590 de 2005, la tutela en contra de providencia judicial está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos generales de procedibilidad: que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; que la petición cumpla con el requisito de inmediatez; que en el evento de fundamentarse la solicitud en una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales; que se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración de los derechos y, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso y; que el fallo censurado no sea de tutela.

¹⁶ Los requisitos específicos, también conocidos como defectos, son: defecto orgánico; defecto procedimental; defecto fáctico; defecto material o sustantivo; defecto por error inducido; defecto por falta de motivación; defecto por desconocimiento del precedente; y defecto por violación directa de la Constitución.

¹⁷ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado A098FFB37693FC96 9B95C63321798E95 53C070A94D46CADE 76B25BC0D6A4D781.

¹⁸ Si bien no obra en el expediente constancia del correo electrónico, en la página web de consulta de procesos de la Rama Judicial aparece registrada esa actuación.

¹⁹ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado 096FC31CC65BE983 8680645D0AD46E7D 46B19D61E6986F0E 0155E9FE5B900105.

²⁰ El Consejo de Estado estableció, como regla general, que el mecanismo de amparo debe promoverse en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia o providencia objeto de reproche constitucional, límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación del 05 de agosto de 2014, radicado No. 11001-03-15-000-2012-02201-01.

la vulneración ²¹, esta Colegiatura considera que se encuentra satisfecho. Ciertamente, la parte interesada cumple con su carga de señalar las razones por las cuales la decisión judicial acusada vulnera sus derechos fundamentales.

4.5.- Adicionalmente, la solicitud de tutela no aduce como argumento central una *irregularidad procesal*.

4.6.- Por último, tampoco se ataca una *decisión de tutela*, sino la sentencia de segunda instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado núm. 68001-33-33-010-2018-00231-02.

4.7.- Así las cosas, verificado el cumplimiento de los requisitos que garantizan la viabilidad de la tutela en contra de una providencia judicial, la Sala analizará si en el caso concreto se encuentran configuradas las causales específicas.

5.- Análisis del defecto sustantivo como causal específica de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

5.1.- La Corte Constitucional ha explicado que este defecto se presenta en los siguientes casos: i) cuando se emplea una norma que no corresponde al caso; ii) se deja de aplicar la que evidentemente lo es; iii) se opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica; o iv) cuando la autoridad judicial se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical²²–, sin justificación suficiente, pues este es obligatorio.

5.2.- En el caso *sub examine*, las inconformidades de la tutelante giran en torno a los factores salariales que conforman el IBL para reliquidar su pensión de vejez. En esa medida, adujo que se incurrió en defecto sustantivo por dos razones: i) indebido análisis y aplicación del régimen que regula el IBL del personal del INPEC; y ii) desconocimiento del precedente horizontal y vertical, que aduce

²¹ En relación con este aspecto, el Máximo Tribunal Constitucional ha considerado que “no se trata de rodear a la acción de tutela de exigencias formales contrarias a su naturaleza, sino de exigir que el actor tenga claridad y sea diligente en cuanto a la explicación del origen de la afectación de sus derechos y que dé cuenta de ello al momento de pretender su protección constitucional”. Corte Constitucional, T-265 de 2014.

²² Sobre el precedente horizontal y vertical, la Corte Constitucional ha señalado: “Esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, de conformidad con quién es el que profiere la providencia previa. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y el segundo se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores”. Corte Constitucional, sentencias T-794 de 2011, T-082 de 2011, T-209 de 2011 y T -102 de 2014.

reconocieron la reliquidación de una pensión de personal del INPEC bajo el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y con base en el último año de servicio.

i. Indebida aplicación del régimen que regula el IBL del personal del INPEC

5.3.- La tutelante aduce que está cobijada por el régimen de transición, y que por lo tanto, debió elegirse la interpretación del Decreto 1950 de 2005 y del párrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme los cuales se aplica la Ley 32 de 1986 a quienes se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, el 28 de julio de 2003.

5.4.- Al verificar la motivación del fallo objeto de reproche, esta Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Santander efectuó un análisis razonable y motivado del marco normativo, así:

- “• La Ley 32 de 1986 -vigente a partir del 06 de febrero de 1986-, contempla el régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria.*
- Dada la especialidad del régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia del INPEC, dichos funcionarios no se encuentran sometidos para tal efecto a lo dispuesto por la Ley 33 de 1985.*
- El Decreto 407 de 1994 estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, permitiendo que dicho personal se pensionara en los términos establecidos por la Ley 32 de 1986; no obstante dicha norma estuvo vigente s[o]lo hasta el día 26 de julio de 2003, fecha en que se publicó el Decreto 2090 de 2003 que lo derogó en su Artículo 168.*
- Los regímenes pensionales especiales, dentro de ellos el establecido a favor del personal de Custodia y Vigilancia del INPEC, perduraron s[o]lo hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993 y se mantuvieron exclusivamente frente a quienes se encontraran en el régimen de transición consagrado en su Artículo 36, o respecto del personal exceptuado establecido en su Artículo 279²³.*

5.5.- De lo anterior, esta Sala concluye que, contrario a lo afirmado por la parte actora, la autoridad judicial accionada no solo efectuó un estudio minucioso acerca de las normas que regulan el régimen pensional de trabajadores del INPEC, sino también de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 sobre los factores salariales que conforman el IBL, así:

“De conformidad con lo anterior, es claro para la Sala que los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de los servidores públicos

²³ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado A098FFB37693FC96 9B95C63321798E95 53C070A94D46CADE 76B25BC0D6A4D781, págs. 13 y 14.

sometidos a la transición establecida en el art. 36 de la Ley 100 (sic) de 1993, corresponden exclusivamente a los factores salariales devengados en los periodos señalados en los artículos 21 y 36 ibídem, respecto de los cuales se hayan realizado aportes o cotización al sistema de seguridad social²⁴.

5.6.- En cuanto a la aplicación al caso concreto, lo hizo de forma motivada y razonable, así:

“...la Sala señala que con la sentencia de unificación a la que se ha hecho mención, las normas especiales no resultan aplicables a efectos de establecer el Ingreso Base de Liquidación de la pensión del actor, pues la aplicación de la norma anterior –esto es la Ley 32 de 1986- se limita a, como se indicó, los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder al derecho pensional y el monto de la pensión; no así para efectos de establecer el cálculo de la base pensional, aspecto que se encuentra sometido a lo indicado en los artículos 21 o 36 ibídem, según sea el caso.

Así, para el cálculo del monto pensional de la demandante, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem²⁵.

5.7.- En consecuencia, esta Sala advierte que los argumentos de la parte accionante son de mera inconformidad, en tanto no comparte el sentido de la decisión adoptada, aspecto que desborda el ámbito de competencia del juez constitucional, pues no le corresponde definir la forma en que el juez natural tiene que decidir.

5.8.- Así las cosas, resulta palmario que la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado bajo este supuesto.

ii. Por desconocimiento del precedente horizontal

5.9.- La tutelante argumentó que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por omitir la sentencia del 2 de mayo de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander, que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de una persona que trabajó para el INPEC, con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, y que se encontraban enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. También consideró que la prima de riesgo

²⁴ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado A098FFB37693FC96 9B95C63321798E95 53C070A94D46CADE 76B25BC0D6A4D781, pág. 10.

²⁵ Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 2, certificado A098FFB37693FC96 9B95C63321798E95 53C070A94D46CADE 76B25BC0D6A4D781, pág. 16.

contemplada en el Decreto 446 de 1994 no constituye factor salarial, y al no estar enlistada en el Decreto 1045 de 1978 no puede ser incluida en la liquidación de la pensión del actor, en tal asunto.

5.10.- No obstante, se resalta que se trata de una providencia posterior a la sentencia cuestionada, en tanto el fallo reprochado es del 16 de septiembre de 2021, mientras que la que se alega como desconocida es del 2 de mayo de 2022, por lo que resultaba imposible para el magistrado ponente conocerla.

5.11.- Además, los problemas jurídicos son diferentes, pues en la que es objeto de reproche se estudia si se debe tomar el promedio de los factores del último año de servicio para calcular el IBL o los factores devengados durante los últimos 10 años de servicios; mientras que la aducida como desconocida se centra en determinar si la prima de riesgo debe o no incluirse como factor salarial.

5.12.- Por ende, la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado.

iii. Por desconocimiento del precedente vertical

5.13.- La tutelante argumentó en el escrito de impugnación que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por omitir las siguientes sentencias del Consejo de Estado:

- Sentencia de 12 de junio de 2014, radicado núm. 05001-23-31-000-2012-00100-01 (número interno 3287-2013);
- Sentencia de 22 de abril de 2015, radicado núm. 25000-23-25-000-2011-00807-01 (número interno 2555-13);
- Sentencia de 20 de mayo de 2021, radicado núm. 25000-2342-000-2017-04906-01 (número interno 5983-2019);
- Sentencia de 8 de julio de 2020, radicado núm. 25000-2342-000-2017-03352-02 (número interno 1641-2019).

5.14.- Si bien todas las sentencias se refieren a la regla de que resulta desproporcionado y más gravoso exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar si una persona es beneficiaria del régimen de transición, lo cierto es que los problemas jurídicos que resuelven son distintos. Por un lado, las sentencias que se alegan como omitidas,

se refieren al reconocimiento de la pensión de vejez; mientras que, en el asunto *sub judice*, se estudian los factores que deben incluirse en la reliquidación de la pensión de vejez.

5.15.- Adicionalmente, las sentencias con radicado núm. 2011-00807-01 y 2017-04906-01 se refieren a supuestos fácticos distintos, pues se tratan de empleados de la Aeronáutica Civil. En cuanto a la sentencia con radicado núm. 2017-03359-01, se trata de una persona que trabajó en el INPEC, pero se aplican las mismas reglas de la sentencia que aquí se reprocha, dado que ordenó ajustar la pensión conforme los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubiere cotizado.

5.16.- Por último, no son sentencias de unificación, razones suficientes para considerar que la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente.

5.17.- Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Santander no incurrió en defecto sustantivo, en la medida en que efectuó un estudio minucioso, razonable y motivado de la normatividad y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado; y las decisiones que se alegan como inobservadas se refieren a problemas jurídicos diferentes y no eran de unificación.

6.- Desconocimiento del precedente constitucional

6.1.- Esta causal se erige de manera autónoma para evitar que los jueces inapliquen el precedente fijado por la Corte Constitucional tanto en control abstracto como en control concreto de constitucionalidad. De ahí que el sentido, alcance y fundamento de obligatoriedad de sus pronunciamientos varíe según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas²⁶. No obstante, ambos se deben acatar para garantizar el carácter normativo de la Constitución –en tanto la Alta Corporación es la intérprete autorizada de la Carta²⁷–, y para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad²⁸.

6.2.- Así, el precedente constitucional puede llegar a desconocerse cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias

²⁶ Sentencia T-351 de 2011.

²⁷ Sentencias T-468 de 2003 y T-292 de 2006.

²⁸ Sentencia T-360 de 2014.

de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es el que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada o (iv) se olvida el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela.

6.3.- Recordado lo anterior, en el *sub examine*, la Sala comparte la postura del *a quo* constitucional, en el sentido de que a pesar de que la tutelante no invocó como desconocida la sentencia T-012 de 2022, lo cierto es que el escrito de tutela se centró en un extracto de esa sentencia, por lo que en esta instancia también se efectuará el análisis únicamente sobre esa providencia.

6.4.- Tras revisar la sentencia, esta Sala encuentra que se profirió el 21 de enero de 2022, mientras que el fallo objeto de reproche se profirió el 16 de septiembre de 2021, por lo que le resultaba imposible para el Tribunal Administrativo de Santander conocer una decisión que ni siquiera existía.

6.5.- Adicionalmente, coincide esta Sala con el juez constitucional de primera instancia en que se tratan de problemas jurídicos diferentes, pues la sentencia T-012 de 2022 analiza si una persona vinculada al INPEC tiene o no derecho a la pensión de vejez, mientras que en el *sub judice* lo que se estudia es si una persona que trabajó para la misma institución tiene o no derecho a la reliquidación de la pensión de vejez con base en los factores salariales percibidos durante el último año de servicio o el promedio de los últimos 10 años.

6.6.- Por lo mencionado, la Sala no encuentra configurado el defecto de desconocimiento del precedente constitucional, pues los fallos traídos se refieren a supuestos jurídicos diferentes a los estudiados en el caso bajo estudio y es posterior a la sentencia objeto de reproche.

7.- En conclusión, la Sala confirmará la decisión dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que negó el amparo, pero por considerar que no se incurrió en los defectos sustantivo ni de desconocimiento del precedente constitucional.

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

III.- RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de mayo de 2022 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pero por las razones referidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes intervinientes e interesados por el medio más expedito.

TERCERO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Consejero de Estado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Consejero de Estado
Aclaración de Voto
Cfr. Rad. 11001-03-15-000-2019-00022-00