

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales / REQUISITOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD - Flexibilización en el análisis de los requisitos cuando la tutela contra providencia judicial la presenta la UGPP

En cuanto a los requisitos de la inmediatez y la subsidiariedad debe poner de presente la Sala que en anteriores oportunidades en relación con demandas de tutela instauradas por la UGPP había declarado improcedente la acción por encontrar que no concurría el primero y en algunas ocasiones el segundo. Lo anterior, en consideración a que las demandas se presentaron transcurridos más de 6 meses desde la ejecutoria de las sentencias cuestionadas y desde que la entidad asumió la sucesión procesal de CAJANAL, lo cual acaeció el 12 de junio de 2013 y porque no se agotaron al interior del proceso ordinario correspondiente los recursos o mecanismos de defensa establecidos por el Legislador. No obstante, desde el 23 de enero de 2015, cuando la Corte Constitucional puso en conocimiento de la Sección Quinta la sentencia T - 835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala y se dejó sin efectos la sentencia dictada el 10 de enero de 2014 por esta Sala, se han venido aplicando los preceptos allí establecidos, de manera que empezó a dar por superados los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de las acciones de tutela promovidas por la UGPP. Lo anterior, fue consecuencia de la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales frente a CAJANAL. Al respecto en sentencia de 21 de enero de 2016, en la cual se hizo referencia a la sentencia de 14 de mayo de 2015... Significa lo dicho que a pesar del tiempo que dejó transcurrir la accionante para alegar la vulneración de sus derechos y que adicionalmente pudo hacer uso de algunos mecanismos administrativos o judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto a la flexibilización en el análisis de la inmediatez y la subsidiariedad.

NOTA DE RELATORIA: la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sobre la flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad cuando la tutela contra providencia judicial la presenta la UGPP, ver sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: exp. 2015-02397-01, exp. 2015-1446-01, exp. 2015-0363-01, exp. 2015-0367-01, 2015-01687-01 y exp. 2015-01446-01.

BONIFICACION POR SERVICIOS - Marco normativo / BONIFICACION POR SERVICIOS - Cálculo para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación en el régimen especial de la Rama Judicial

El Decreto No. 546 de 1971, estableció el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y, en relación con el régimen de pensiones estableció, en el artículo 6... Para efectuar la liquidación, el artículo 12 del Decreto No. 717 de 1978 establecía que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen

factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios... En relación con la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, la Sala destaca que, mediante sentencia 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, reiteró la posición jurisprudencial que ha sostenido esa Sección desde el fallo del 28 de octubre de 1993 M. P. Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente No. 5244, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se liquidarán por doceavas partes.

FUENTE FORMAL: DECRETO 546 DE 1971 - ARTICULO 6 / DECRETO 717 DE 1978 - ARTICULO 12

VULNERACION DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Providencia cuestionada incurre en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente / DEFECTO SUSTANTIVO - Configuración: desconocimiento del ámbito de aplicación de los artículos 45 y 46 del Decreto Ley 1042 de 1978 y 1 del Decreto 247 de 1997 / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Configuración / RELIQUIDACION DE LA PENSION - Bonificación por servicios prestados debe dividirse en doceavas partes para determinar el ingreso base de liquidación

Al analizar el caso concreto, no cabe duda que la autoridad accionada hizo una interpretación arbitraria e irrazonable de las normas jurídicas aplicables en materia de seguridad social en pensiones, al disponer que una prestación económica que se causa en forma anual, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial –por disposición expresa del Decreto 247 de 1997– y que, en consecuencia, se debe dividir en doceavas partes, se incluya en el 100%, para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensional... Cabe destacar que la bonificación por servicios es una prestación que se reconoce y paga al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en la misma entidad, siendo independiente de la asignación básica, causación y pago anual que implica que le asiste razón a la entidad tutelante cuando afirma que incluir el cien por ciento (100%) del valor en el monto mensual de la pensión a pagar al servidor judicial, resulta abiertamente contrario al ordenamiento jurídico. Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la entidad accionante, ante la existencia de un defecto sustantivo por errónea interpretación de la norma jurídica aplicable al caso, la cual conllevó a que una prestación anual se liquidara en forma mensual desbordando el monto de la pensión en detrimento del erario público... En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la entidad pública tutelante, para lo cual dejará sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 45 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 46 / DECRETO 247 DE 1997 - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03216-00(AC)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y OTRO

Decide la Sala en primera instancia la tutela promovida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del numeral 2º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

Con escrito allegado el 18 de noviembre de 2015 a la Oficina de Correspondencia de la Corporación (fls. 1-52), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP presentó tutela contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil y el Tribunal Administrativo de Santander, con el fin de que sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la “*sostenibilidad financiera*”.

Consideró vulnerados sus derechos fundamentales por esas autoridades judiciales al proferir las sentencias de 8 de junio de 2010 y 13 de septiembre de 2011, respectivamente, con las que dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que la señora Rosalba Amaya Amaya interpuso en contra de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor de la demandante con la inclusión de la bonificación por servicios como factor liquidado a partir del 100% de su monto y no en una doceava (1/12) parte.

Por lo tanto, pretende que sea dejada sin efectos la sentencia del Tribunal así como los actos administrativos con los cuales se dio cumplimiento a las órdenes allí impartidas.

2. Hechos

La petición de amparo la fundamentó la tutelante en los siguientes supuestos fácticos que la Sala sintetiza así:

La señora Rosalba Amaya Amaya nació el 31 de agosto de 1963. Su último cargo al servicio del Estado fue como Secretaria Grado 9 del Juzgado Civil Municipal de Charalá. El 1º de mayo de 1992 adquirió el estatus pensional y CAJANAL con Resolución de 1º de abril de 1997 le reconoció la pensión de jubilación.

Inconforme con el monto de la asignación, el 29 de enero de 2008 la señora Amaya Amaya solicitó la reliquidación para “...*incluir todos los factores salariales por ella devengados...*”; sin embargo, dicha petición no fue contestada.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Amaya Amaya demandó la nulidad del acto administrativo ficto o presunto. De la demanda conoció el Juzgado Único Administrativo de San Gil, que con sentencia de 8 de junio de 2010, dispuso la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión del 100% del monto de la bonificación por servicios prestados como factor para su pago. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 13 de septiembre de 2011.

Con Resolución No. RDP 002330 del 11 de mayo de 2012 CAJANAL dio cumplimiento a las sentencias y en consecuencia “...*reliquidó la pensión de jubilación (...) elevando la cuantía...*”.

3. Sustento de la vulneración

Refirió la tutelante que la acción de tutela es procedente a pesar de que es censurada una sentencia que “...*quedó en firme el 21 de julio de 2011...*”, pues, como ya lo ha aceptado la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallos reiterados, frente a CAJANAL la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional, a lo que se suma que la Unidad “...*no pudo ejercer adecuadamente la defensa del patrimonio de los Colombianos...*”, ya que solo hasta el 12 de junio de 2013 asumió la sucesión procesal de CAJANAL.

Afirmó que el fallo del Tribunal censurado incurre en una “...*evidente irregularidad sustantiva y desconocimiento del precedente...*” sobre la materia, pues las “*Altas Cortes*” al aplicar las normas que rigen la pensión de vejez de los funcionarios de la Rama Judicial, han establecido que la inclusión del 100% de la bonificación por servicios para liquidar la pensión de vejez no es legal porque se trata de “...*un factor anual, que se toma de la doceava parte y no de manera completa...*”.

Señaló que la orden de liquidar la pensión con el 100% de la bonificación por servicios es un inminente abuso del derecho y constituye un fraude a la ley, fenómeno este que se presenta cuando “...*las normas son aplicadas con una interpretación diferente al sentido del ordenamiento jurídico, situación que ocurre en el presente caso...*”.

Referenció el desconocimiento concreto de las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dictadas dentro de los procesos 63001-23-31-000-2007-00054-01 (0662-10), C.P.: Alfonso Vargas Rincón, 25000-23-25-000-2003-06486-01 (1306-06) C.P.: Alberto Arango Mantilla. Y de los fallos de “22 de junio de 2006”, “21 de agosto de 2008” y “23 de febrero de 2010”. También de la sentencia de “4 de mayo de 2010” dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Y, por último de la sentencia T-831 de 2012 de la Corte Constitucional.

Agregó que la Sección Quinta con fallos del 18 de junio de 2015¹ amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la Unidad en casos idénticos a este.

Concluyó que la inclusión del factor en los términos que dispuso el fallo censurado implica el incremento en la mesada pensional de la señora Amaya Amaya de \$325.600,5.

4. Trámite de la demanda y contestación

Con auto de 1º de diciembre de 2015 se admitió la tutela y se ordenó notificar esta decisión, como tutelados, al Juez Único Administrativo de San Gil y a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander; y como tercero con interés, a la señora Rosalba Amaya Amaya. También fue negada la solicitud de suspensión provisional de la Resolución No. RDP 002330 del 11 de mayo de 2012 (fls. 176-182).

Realizadas las respectivas comunicaciones, solo la tercera interesada intervino por intermedio de apoderado judicial con escrito en el que se opuso a la pretensión de la tutela, por cuanto el fallo del Tribunal accionado “...cumple a cabalidad con los preceptos legales y los lineamientos jurisprudenciales vigentes (...) para la época en que se emitió dicho fallo...”.

Refirió que el fallo quedó ejecutoriado el 3 de octubre de 2011, de manera que la tutelante contaba con 2 años a partir de esa fecha para presentar el recurso extraordinario de revisión, esto es, hasta el 3 de octubre de 2013, de conformidad con el artículo 187 del C.C.A.

Adujo que el Tribunal decidió el caso conforme a la jurisprudencia “...vigente al momento de emitir...” la decisión “...pues las proporciones de algunos factores, se han dado por jurisprudencia y no porque la norma lo haya consagrado taxativamente...”.

Señaló que la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 11 de marzo de 2010², al referirse a la “Bonificación Especial o Quinquenio” que se le paga a los funcionarios de la Contraloría General de la República “...y que tiene la misma

¹ 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

² Consejero Ponente Luís Rafael Vergara Quintero, proceso 2006-1195 (0091-2009). Demandante Aura Ligia Morales Ganados.

razón de ser de la 'Bonificación por servicios' que se paga anualmente a los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público...", estableció que "...debe estimarse en un 100%..." (fls. 187-196).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012³, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁴, y en ella concluyó:

"...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**"⁵ (Negrilla fuera de texto).

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los "**...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...**". En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁶ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia

³ Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

⁴ El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

⁵ Ídem.

⁶ Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto - procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

1. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la solicitud de amparo cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que la sentencia censurada fue dictada dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera que no se trata de una sentencia de tutela.

En cuanto a los requisitos de la inmediatez y la subsidiariedad debe poner de presente la Sala que en anteriores oportunidades en relación con demandas de tutela instauradas por la UGPP había declarado improcedente la acción por encontrar que no concurría el primero y en algunas ocasiones el segundo.

Lo anterior, en consideración a que las demandas se presentaron transcurridos más de 6 meses desde la ejecutoría de las sentencias cuestionadas y desde que la entidad asumió la sucesión procesal de CAJANAL, lo cual acaeció el 12 de junio de 2013 y porque no se agotaron al interior del proceso ordinario correspondiente los recursos o mecanismos de defensa establecidos por el Legislador.

No obstante, desde el 23 de enero de 2015, cuando la Corte Constitucional puso en conocimiento de la Sección Quinta la sentencia T - 835 de 11 de noviembre de

2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante⁷ y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala y se dejó sin efectos la sentencia dictada el 10 de enero de 2014 por esta Sala, se han venido aplicando los preceptos allí establecidos⁸, de manera que empezó a dar por superados los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de las acciones de tutela promovidas por la UGPP.

Lo anterior, fue consecuencia de la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales frente a CAJANAL. Al respecto en sentencia de 21 de enero de 2016⁹, en la cual se hizo referencia a la sentencia de 14 de mayo de 2015¹⁰, se indicó que:

“(…) mediante notificación efectuada a la Sección Quinta del Consejo de Estado el día 23 de enero del año en curso, la Corte Constitucional puso en conocimiento la sentencia T - 835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante en la cual se acumularon los expedientes Nos. T- 4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T- 4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala, decidiendo dejar sin efectos, la sentencia dictada el 10 de enero [sic] de 2014 por esta Sala.

En esta providencia para tener por superados los requisitos de subsidiariedad e inmediatez consideró la Corte Constitucional:

‘Deber de agotar todos los medios de defensa judicial a su alcance. En relación con este requisito se debe destacar que en el expediente T-4.374.697, Cajanal no hizo uso de los medios de defensa judicial contra la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal; en cuanto al expediente T-4.422.174, Cajanal impugnó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Bucaramanga, sin que exista actuación posterior por parte de esa entidad. La Sala encuentra que en este caso existe una justificación para la inactividad, en gran medida, debido al estado de cosas inconstitucional, situación que terminó en su liquidación. Por tanto, este requisito en el caso en estudio no puede ser graduado con la misma intensidad y rigor que ordinariamente es exigido por la jurisprudencia de esta Corporación.

Al respecto, en la sentencia T-068 de 1998 la Corte resolvió decretar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en CAJANAL. Dicha decisión sostuvo la existencia de un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, siendo esto un inconveniente general que afectaba a un número significativo de personas que

⁷ En la cual se acumularon los expedientes Nos. T- 4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T- 4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander.

⁸ Como ocurrió en las sentencias del 12 de mayo de 2015 C.P.: Alberto Yepes Barreiro, expediente 2015-1446-01; o las de 18 de junio de 2015: 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁹ C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente No.: 11001-03-15-000-2015-01687-01.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero ponente doctor Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01.

buscaban obtener las prestaciones económicas a las que consideraban tener algún derecho.

Teniendo en cuenta esta situación, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-1234 de 2008, en la que señaló: “...Ese problema estructural se manifiesta en la incapacidad de CAJANAL para atender de manera oportuna las solicitudes que en materia pensional se le presentan por los usuarios, situación que no obstante haber presentado cierta mejoría, todavía significa que la entidad se demora, en promedio, cinco meses más de los términos legales y jurisprudenciales para resolver de fondo las solicitudes (...). De lo anterior concluye: 1. No se ha superado el estado de cosas inconstitucional que ha sido declarado por la Corte Constitucional en Cajanal, lo cual implica que las autoridades competentes deben tomar los correctivos, no desde una perspectiva sancionatoria sino de apoyo, vigilancia y control de los procesos orientados a una respuesta efectiva. 2. Como quiera que se trata de un problema estructural, salvo lo que pueda establecerse en cada caso concreto, no puede concluirse de manera general que la mera omisión de respuesta en término resulte imputable a título de dolo o de culpa a las autoridades responsables en Cajanal. No cabe, pues aplicar el criterio conforme al cual, establecida la mora, la misma resulta automáticamente atribuible a negligencia de la entidad, sino que es preciso determinar si se está en presencia de un problema estructural que excluye la culpa en los casos concretos. 3. Por las circunstancias que se han anotado, la regla conforme a la cual, en los incidentes de desacato el incumplimiento objetivo de la orden de tutela impone al destinatario de la misma la carga de explicar su conducta omisiva como presupuesto para evitar la sanción, no opera en este caso”.

Dentro de este contexto, la Corte encuentra una justificación admisible que evitó que fueran agotados la totalidad de los medios ordinarios de defensa judicial con que contaba Cajanal para impugnar los respectivos fallos y, en tal consideración, tiene por superado este requisito de procedibilidad en la presente acción de tutela.

Requisito de inmediatez. Este presupuesto exige que la acción de tutela sea interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado, a partir del hecho generador de la amenaza o violación del derecho fundamental, so pena de declararse improcedente²¹ [11].

Sobre la razonabilidad del plazo para interponer la tutela, la Corte ha fijado criterios para evaluar la razonabilidad del plazo para interponer la acción de tutela, entre los cuales se cuentan los siguientes: (i) que existan razones válidas para la inactividad, como la fuerza mayor²² [12], el caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad para interponer la tutela en un término razonable, así como la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos

¹¹ “[...] Ver T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-546 de 2014, entre otras [...]”.

¹² “[...] Ver T-1009 de 2006 y T-299 de 2009 [...]”.

fundamentales, que convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; (ii) la prolongación en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada de la vulneración de sus derechos se mantiene.

En los casos analizados la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante es permanente por tratarse del pago de prestaciones periódicas, aunado a que la UGPP asumió las funciones de defensa judicial de Cajanal el 11 de junio de 2013, por lo que no se está en presencia de un descuido de la administración. Así mismo, se debe tener en cuenta la grave afectación de los ingresos con los que se financia la prestación de los servicios de salud, por cuanto los aportes se destinan a financiar el sistema médico asistencial del afiliado pensionado, razones que explican el cumplimiento del requisito de inmediatez en el caso en estudio’.

En virtud de lo expuesto, la Sala acoge la posición planteada por la Corte Constitucional y es por ello da por superados los mencionados requisitos [...].

Ahora encuentra la Sala que en recientes fallos de la Corte Constitucional en las sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015¹³, cambió su postura, para indicar que la

¹³ “[...] **El agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios y el requisito de inmediatez. Reiteración sentencia T-893 de 2014.**

La sentencia T-893 de 2014, proferida por la Sala Novena de Revisión, conoció un caso de situaciones fácticas parecidas al aquí analizado, en esa oportunidad la acción de tutela fue interpuesta por la UGPP contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la sentencia proferida el juzgado el 27 de enero de 2012, en la cual le ordenó a CAJANAL “cesar todos los descuentos que viene efectuando con destino al Fosyga, con cargo a la nómina que como pensionada se le hace a la señora Nelly Jaramillo Bedoya (...).”

Luego de estudiar la procedencia de la acción de tutela, la declaró improcedente por incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, al respecto la providencia concluyó:

43. En suma, en criterio de la Sala Novena de Revisión la injustificada falta de interposición del recurso de apelación por parte de Cajanal EICE o la UGPP frente a la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal que condenó a la entidad a descontar de la pensión de la señora Nelly Jaramillo únicamente el 5% como aporte a seguridad social en salud, así como la tardanza en presentar la acción de tutela contra dicha providencia, conducen a la improcedencia de la acción de la referencia por el incumplimiento de los presupuestos procesales de subsidiariedad e inmediatez.

44. Para esta Sala de la Corte la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de Cajanal por parte de la UGPP, no representa una razón suficiente que exculpe por sí sola la falta de agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial (recurso de apelación) y la tardanza en la interposición de la acción de tutela contra la providencia atacada por vía constitucional en esta oportunidad (inmediatez).

45. Finalmente, la UGPP no demostró en el proceso de tutela una situación fraudulenta que incidiera en el juicio de inmediatez y subsidiariedad, aspecto que de haberse verificado habría podido conducir a una conclusión distinta frente a la procedibilidad de la acción. La entidad únicamente se refirió a situaciones de “abuso del derecho” y “fraude a la ley”, pero no allegó al expediente providencias disciplinarias o penales que acreditaran situación irregular alguna en este caso específico¹¹ {¹³}.

46. Por las razones expuestas, la Sala Novena de Revisión confirmará la sentencia de instancia dictada en el trámite de la referencia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

La Sala Segunda de Revisión adopta la posición asumida por la Sala Novena de Revisión, encontrando incumplidos dos de los requisitos generales de procedencia, el de la inmediatez y el de la subsidiariedad...” (Subrayado no es del texto original). Más adelante, en la citada sentencia, indicó: “... 4.4. Todo lo anterior no

alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de CAJANAL por parte la UGPP no es razón suficiente para superar los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

En vista de lo anterior, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto de la flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, establecida en fallo de tutela del 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01, arriba transcrito, motivo por el cual, en el presente caso la Sección asume que la inmediatez y subsidiariedad que caracteriza al mecanismo constitucional de amparo, se encuentran superadas.

(...)"

Ocurre lo mismo en esta oportunidad, por ende, la Sala aborda el estudio de fondo del caso sometido a consideración, de manera que, no obstante la posición rígida con respecto de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad asumida por la Corte Constitucional en sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015, esta Sala se ha identificado con la postura establecida por esa Corporación en la sentencia T - 835 del 11 de noviembre de 2014, ya referida.

Significa lo dicho que a pesar del tiempo que dejó transcurrir la accionante para alegar la vulneración de sus derechos y que adicionalmente pudo hacer uso de algunos mecanismos administrativos o judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto a la flexibilización en el análisis de la inmediatez y la subsidiariedad, encontrando entonces superados estos requisitos adjetivos, por lo cual se procede a estudiar el fondo del asunto de la presente acción constitucional¹⁴.

3. Estudio de fondo¹⁵

3.1. Marco normativo que regula la bonificación por servicios y el cálculo de la misma para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación en el régimen especial de la Rama Judicial

3.1.1. Régimen pensional especial de la Rama Judicial

El Decreto No. 546 de 1971, estableció el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y, en relación con el régimen de pensiones estableció, en el artículo 6º que:

excluye la posibilidad de defensa de la UGPP frente a situaciones de fraude debidamente comprobadas, para lo cual deberá anexar a las demandas de tutela, por ejemplo, providencias disciplinarias o penales que acrediten la situación irregular en el caso específico¹⁵ {13}, situación que, a juicio de la Sala, sí podría llegar a incidir en el examen de inmediatez y subsidiariedad.

Adicionalmente, la accionante podría intentar la acción de revocatoria directa del acto administrativo que reconoció tal prestación, posterior a una sentencia o fallo que evidenciara un fraude a la administración de justicia; podría solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que reconocieron las prestaciones; y/o pedir a la Contraloría que investigue los funcionarios que los expedieron¹⁶ {13}...".

¹⁴ En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia de 15 de diciembre de 2015. C.P.: Rocío Araújo Oñate. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02397-01. Accionantes: UGPP.

¹⁵ Parte de las consideraciones idénticas a las sentencias de 18 de junio de 2015 proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado en las tutelas con radicados Nos.: 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

“... los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. Esta norma constituye un régimen especial”.

Para efectuar la liquidación, el artículo 12 del Decreto No. 717 de 1978 establecía que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

“Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;
- b) La prima de antigüedad;
- c) El auxilio de transporte;
- d) La prima de capacitación;
- e) La prima ascensional;
- f) La prima semestral;
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio”.

En relación con la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, la Sala destaca que, mediante sentencia 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, reiteró la posición jurisprudencial que ha sostenido esa Sección desde el fallo del 28 de octubre de 1993 M. P. Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente No. 5244, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se liquidarán por doceavas partes.

En esa oportunidad consideró:

“Conforme a la jurisprudencia y normatividad ya citadas, el funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que cumpla los requisitos del Art. 6º del Dcto. Ley 546/71 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta **el salario más alto devengado en el último año**, dentro del cual no sólo cabe el cómputo del salario básico sino los demás factores que haya percibido y tengan tal trascendencia, salvo los excluidos por mandato legal expreso.

Se precisa que se deben tener en cuenta los factores mensuales y también las no mensuales devengadas en el mes escogido que sean relevantes, sin que sea dable, por ejemplo, escoger el salario básico de un mes y otros factores de otro mes diferente. Además, cabe anotar

que como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.” (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior ha sido reiterado en sentencias posteriores, en las que se ha fijado el alcance de las normas jurídicas que establecen prestaciones anuales, de las cuales la Sala considera pertinente destacar la sentencia T-831 de 2012, la cual aun cuando es posterior a la sentencia censurada en el *sub lite* fija la posición reiterada de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria laboral, contencioso administrativa y constitucional, sobre el alcance y la interpretación que se le debe dar a las normas jurídicas que regulan el tema objeto de debe procesal:

“En cuanto al valor de la bonificación -como factor salarial- a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de los servidores de la Rama Judicial o del Ministerio Público, a fin de calcular el valor de sus pensiones de jubilación, en reiteradas sentencias, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, han interpretado que **debe ser la doceava parte de su valor**, dado que, según la normativa aplicable, la bonificación se paga una vez al año y a condición de que el servidor complete un año trabajado”.

3.1.2. Bonificación por Servicios

El Decreto Ley 1042 de 1978, por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional –Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales– creó la bonificación por servicios en los siguientes términos:

“**Artículo 45.** A partir de la expedición de este decreto créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º. Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa”

“**Artículo 46.** De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una

remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos (\$100.750).

Para los demás empleados la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los tres (3) factores de salario señalados en el inciso anterior.

Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio.”

El Decreto 247 de 1997, creó la bonificación por servicios para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar, **en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto-ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1º de enero de 1997.**

La Bonificación por Servicios Prestados constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones”.
(Negrillas fuera de texto).

3.2. Análisis de los argumentos expuestos en el escrito de tutela

El tema central del debate planteado por la entidad accionante, consiste en la incursión por parte de la autoridad judicial accionada en defecto sustantivo por desconocimiento del ámbito de aplicación de los artículos 45 y 46 del Decreto Ley 1042 de 1978 y 1º del Decreto 247 de 1997, que reglamentan la bonificación por servicios y la no aplicación al caso concreto del precedente jurisprudencial.

En efecto, consideró la UGPP que en la providencia censurada se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de las normas sustantivas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado¹⁶, que consagran la bonificación por servicios como una prestación anual que implicaba su inclusión como factor de liquidación por doceavas partes, lo cual significa que la señora Rosalba Amaya Amaya no tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación incluyendo el 100% de la bonificación por servicios prestados, sino únicamente una doceava parte.

Afirmó que la orden de liquidar la pensión con el 100% de la bonificación por servicios es un inminente abuso del derecho y constituye un fraude a la ley, y que es claro que, desde la expedición del Decreto 1160 de 1947, *“...en el caso que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual”*.

¹⁶ Las referidas en el acápite de fundamentos de la tutela en los antecedentes de esta providencia.

3.3. Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada

En relación con bonificación por servicios, como factor de para fijar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora Amaya Amaya, el Tribunal, al momento decidir el caso concreto, incluyó como factor la bonificación por servicios y al respecto dijo que *“...debe computarse en su totalidad...”* pues *“...el derecho solo surge al cumplirse el período consagrado para ello y no antes, de tal manera que si el servidor se retira antes de cumplir dicho periodo, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. De tal manera, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el servidor se retira sin culminar el año completo de servicios”*.

3.4. Análisis de los defectos señalados por la entidad tutelante en el caso concreto

Al analizar el caso concreto, no cabe duda que la autoridad accionada hizo una interpretación arbitraria e irrazonable de las normas jurídicas aplicables en materia de seguridad social en pensiones, al disponer que una prestación económica que se causa en forma anual, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial –por disposición expresa del Decreto 247 de 1997– y que, en consecuencia, se debe dividir en doceavas partes, se incluya en el 100%, para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensional.

Cabe destacar que tal es el entendimiento que debe dársele a las normas que consagran la bonificación como una prestación económica de carácter anual, como lo han establecido las normas que consagran prestaciones anuales, como en efecto lo ha venido haciendo el Legislador desde su inicial consagración y en forma reiterada el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, entre ellos en la sentencia de 22 de junio de 2006 dictada por la Sección Segunda de esta Corporación.

Cabe destacar que la bonificación por servicios es una prestación que se reconoce y paga al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en la misma entidad, siendo independiente de la asignación básica, causación y pago anual que implica que le asiste razón a la entidad tutelante cuando afirma que incluir el cien por ciento (100%) del valor en el monto mensual de la pensión a pagar al servidor judicial, resulta abiertamente contrario al ordenamiento jurídico.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la entidad accionante, ante la existencia de un defecto sustantivo

por errónea interpretación de la norma jurídica aplicable al caso, la cual conllevó a que una prestación anual se liquidara en forma mensual desbordando el monto de la pensión en detrimento del erario público.

En efecto, esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se aplican en forma inadecuada e irrazonable las normas sustantivas que regulan el caso concreto sometido a consideración del operador judicial, como acaeció en el *sub lite*.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido, en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido.

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la entidad pública tutelante, para lo cual dejará sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia.

3.5. Con relación al poder que obra a folio 197, se reconocerá personería al abogado Manuel Sanabria Chacón para actuar como apoderado de la señora Rosalba Amaya Amaya.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Amparar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia la acción de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO: Dejar sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en consecuencia, se ordena a esa autoridad judicial que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, dicte un nuevo fallo que tenga en cuenta los lineamientos aquí expuestos.

TERCERO: Reconocer personería al abogado Manuel Sanabria Chacón como apoderado de la señora Rosalba Amaya Amaya, en los términos del poder conferido visible a folio 197 del expediente.

CUARTO: Si no fuese impugnado este fallo, **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, en virtud del inciso 2º del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y cúmplase.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO