

MECANISMOS DE UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA - Ley 1437 de 2011: mecanismo de extensión de la jurisprudencia y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

Entre los principales cambios introducidos al ordenamiento jurídico con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, destaca la mayor importancia que se busca dar a la unificación de la jurisprudencia, con miras a brindar al ciudadano un trato igualitario y seguridad jurídica, como garantía de que los asuntos que se sometan a consideración de las autoridades administrativas y judiciales, serán resueltos de la misma forma en que con anterioridad han sido solucionados casos análogos. En virtud del fortalecimiento del respeto al precedente y de la unificación jurisprudencial fueron creados, el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado por parte de las autoridades administrativas y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, asimismo se confirmó la facultad de la Sala Plena de esta Corporación y, en algunos casos, de las Secciones, para asumir competencia para fallar asuntos con el objeto de unificar la posición de la Corporación.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad / REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD - Omisión en la interposición del mecanismo extraordinario de unificación de jurisprudencia

En el sub examine el accionante presentó tres argumentos de inconformidad a saber: (i) defecto sustantivo; (ii) defecto fáctico y (iii) desconocimiento del precedente... Al respecto se tiene que la sentencia de 4 de agosto de 2010 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con Ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren es de unificación de jurisprudencia, en tanto se dictó por la Sala Plena de la Sección y se pretendió con ella recoger el criterio que venía imperando sobre la aplicación de la causal de retiro consagrada en el parágrafo 3 del numeral 9 de la Ley 797 de 2003. Si bien el actor cita otras sentencias, las mismas obedecen a la reiteración de lo sentado en la anterior, toda vez que, en efecto la ratio decidendi ha venido siendo aplicada por la Sección Segunda del Consejo de Estado a todas aquellas personas que se encontraban amparadas con el régimen de transición, aun cuando su pensión no hubiera sido reconocida... En consideración a que los argumentos expuestos por el tutelante hacen referencia al desconocimiento del precedente contenido en la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación la cual tiene el carácter de unificadora de jurisprudencia, en los precisos términos del artículo 270 del C.P.A.C.A., debió interponer el recurso de unificación que constituye, en vigencia del nuevo ordenamiento, el mecanismo idóneo para debatir ante el juez ordinario su inconformidad con la providencia. En conclusión, se tiene que en el proceso ordinario que es objeto de análisis procedía el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia toda vez que la Ley 1437 de 2011, se encontraba vigente al momento de proferirse la decisión controvertida. Sin embargo, el accionante no acudió a tal mecanismo, lo que hace improcedente la acción de tutela, por no cumplir el requisito adjetivo de subsidiariedad y no ser posible revivir por medio de ésta los términos para hacer uso de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone al alcance de los ciudadanos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 270

NOTA DE RELATORIA: En relación con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, consultar sentencia T-472 de 2008, de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00398-01(AC)

Actor: PEDRO HERNAN RIVERA ARIZA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION F EN DESCONGESTION

La Sala decide las impugnaciones interpuestas por el Tribunal accionado y por la Directora del Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional de Colombia contra el fallo de 3 de abril de 2014, por medio del cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso del señor Pedro Hernán Rivera Ariza.

1.1. Solicitud

Mediante escrito radicado el 19 de febrero de 2014 en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Pedro Hernán Rivera Ariza, por medio de apoderada judicial, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F” en Descongestión, para que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

Tales derechos los consideró vulnerados por la autoridad judicial mencionada, al proferir la sentencia de 24 de octubre de 2013, que revocó el fallo de 13 de febrero de 2012 dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá que declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió para pronunciarse de fondo sobre la demanda incoada, para en su lugar, negar las

pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el actor en contra de la Universidad Nacional de Colombia.

1.2. Hechos

El actor fundamentó la solicitud de amparo en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- Que presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 323 de 28 de octubre de 2009, dictada por la Directora de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional *“Por la cual se reconoce una pensión de vejez”*.
2. Resolución No. 135 del 3 de mayo de 2010, proferida por la Directora de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional *“Por la cual se reliquida una pensión de vejez”*.
3. Resolución No. 126 del 22 de enero de 2010, dictada por el Vicerrector de la Sede de Bogotá de la Universidad Nacional *“Por la cual se retira del servicio a un funcionario”*.

- La solicitud de nulidad se fundamentó en los siguientes cargos: (i) violación directa de la ley por error de derecho ocasionado en la aplicación indebida de una norma sustancial, toda vez que se fundamentó el retiro del servicio en un precepto distinto a la Ley 33 de 1985, aplicable al actor en régimen de transición; (ii) expedición de los actos administrativos con falsa motivación.

- Mediante sentencia de 13 de febrero de 2012, el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió de pronunciarse de fondo.

- Consideró el *a quo* que la resolución por medio de la cual se retiró del servicio al demandante le fue notificada el 5 de febrero de 2010, la solicitud de

conciliación prejudicial se presentó el 3 de junio de 2010 “(...) es decir 2 días antes de que finalizaran los cuatro (4) meses prescritos en la norma. Posteriormente el 14 de julio de 2010 se celebró y declaró fallida la audiencia de conciliación, por lo cual se reanuda nuevamente la contabilización de los términos de caducidad. El demandante tenía máximo hasta el 16 de julio de 2010 para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y la demanda fue presentada el 8 de septiembre de 2011, lo que supera el término de los 4 meses.”¹

- Que interpuso recurso de apelación contra la citada decisión, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección “F” que, mediante sentencia de 24 de octubre de 2013, revocó la decisión recurrida y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.
- Estimó el *ad quem* que no operó el fenómeno de la caducidad de la acción, toda vez que ésta se debe contabilizar a partir de la ejecución del acto, situación que acaeció el 9 de febrero de 2010.
- Realizó un recuento de la normatividad jurídica aplicable a los funcionarios de la Universidad Nacional y el régimen de transición en materia pensional, para concluir que “(...) no le asiste razón jurídica al demandante para reclamar la nulidad del acto demandado, en primer lugar porque lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 es aplicable a todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones y, en segundo lugar, porque la Corte Constitucional, de manera reiterada ha señalado que la carrera administrativa no se erige como una inamovilidad absoluta, entre otras razones en observancia de la configuración del Estado Social de Derecho.”
- Consideró que la Ley 797 de 2003, que entró en vigencia el 29 de enero de esa anualidad, estableció como causal de retiro el haber adquirido el derecho a la pensión, la cual es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, como lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia C-1037 de 2003, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, por lo que “(...) en el caso de autos el actor al haber adquirido el status pensional el 30 de noviembre de 2008, la entidad demandada aplicó válidamente la causal de retiro del servicio.”²

1.3. Fundamentos de la solicitud

¹ Folio 7.

² Folio 43.

El accionante consideró que la sentencia censurada incurrió en los siguientes defectos:

(i) Sustantivo, toda vez que aplicó al caso concreto la Ley 797 de 2003, no obstante que el demandante se encontraba en régimen de transición.

(ii) Desconocimiento del precedente; destacó que cuando ingresó el expediente contentivo del proceso para fallo “(...) *ya se conocía el precedente judicial trazado por el Consejo de Estado en agosto de 2010, exp. No. 2533-07, ratificado en sentencia de la misma Corporación, sentencia del 20 de enero de 2011 C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, exp. No. 250002325000200407982-1 y sentencia del 21 de noviembre de 2011. C.P. Dr. Luis Vergara Quintero, exp. No. 25000232500020051128-1.*”³

(iii) Fáctico, por valoración defectuosa del material probatorio, que dio lugar a que se aplicara en forma equivocada una norma.

1.4. Petición de amparo

El actor solicitó que se ampararan sus derechos fundamentales “(...) *ordenando que se deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F” en Descongestión del 24 de octubre de 2013 y se dicte una nueva sentencia debidamente motivada conforme a los precedentes judiciales vigentes relacionados con la normatividad aplicable en tratándose del retiro del servicio de servidores públicos que se encuentren en régimen de transición para los cuales se haya producido acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez y, en consecuencia, se acceda a las peticiones de la demanda contencioso administrativa.*”⁴

³ Folio 3.

⁴ Folio 9.

1.5. Trámite de la acción de tutela

En auto de 25 de febrero de 2014, el Magistrado Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela y ordenó la notificación al Juez Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá y a los Magistrados del Tribunal accionado para que rindieran el informe correspondiente.

Asimismo, se vinculó a la presente acción a la Universidad Nacional de Colombia, a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como terceros con interés directo en las resultas del proceso.⁵

1.6. Contestación de las autoridades judiciales acusadas

1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección “F”

Mediante escrito de 17 de marzo de 2014, la Magistrada Ponente de la sentencia censurada solicitó que se negara la petición de amparo constitucional; afirmó que el accionante pretende debatir ante el juez de tutela los mismos argumentos que fueron analizados en esa sede judicial “(...) *como por ejemplo, el argumento de que en el caso del actor, quien fue retirado por haber obtenido el reconocimiento de su pensión, la norma aplicable debía ser la Ley 33 de 1985 y no la Ley 797 de 2003.*”⁶

Manifestó que las normas que regulan el régimen de ingreso y retiro de la función pública, son de orden público y, por ende, de aplicación inmediata, como una respuesta del legislador a las necesidades del servicio o por utilidad pública. Así, “(...) *al ser el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de vejez una causal diferente a la edad de retiro forzoso, la Administración se encuentra facultada para dar por terminada la relación legal y reglamentaria de aquellos*

⁵ Folios 37 a 38.

⁶ Folio 186.

funcionarios que se encuentren en tal circunstancia siempre y cuando se haya efectuado el reconocimiento de la pensión de vejez, se haya notificado al empleado y se haya informado la fecha de la inclusión en nómina.”

Respecto de la solicitud de tutela consideró que las providencias fueron proferidas respetando los derechos al debido proceso, imparcialidad, publicidad y economía, por lo cual solicitó que se negara la petición de amparo constitucional.

1.6.2. Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá

El titular del despacho judicial, en escrito de 21 de marzo de 2014, manifestó que efectivamente, mediante sentencia del 13 de febrero de 2012, declaró probada la excepción de caducidad de la acción, por cuanto el acto administrativo causante del perjuicio era el que disponía el retiro del actor, debiendo constituirse en el marco de referencia para contabilizar el término de cuatro meses previsto por el legislador.⁷

1.7. Informe del tercero vinculado - Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia

La Directora de la entidad presentó informe de 21 de marzo de 2014 en el cual solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por no concurrir los requisitos de procedencia cuando se dirige contra providencia judicial, toda vez que las autoridades judiciales accionadas realizaron un análisis de los hechos, una correcta valoración de las pruebas y arribaron a la conclusión de que no procedían las pretensiones de la demanda.

⁷ Folios 2014 a 2015.

Consideró que en el caso concreto no concurre el requisito de subsidiariedad, toda vez que el accionante alega la existencia de un precedente jurisprudencial unificado, de tal manera que contaba con el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia consagrado en los artículos 256 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, el cual ha debido interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

1.7. Fallo impugnado

En fallo de 3 de abril de 2014, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso del señor Pedro Hernán Rivera Ariza y, en consecuencia, dispuso dejar sin efectos *“la providencia del 24 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección “F”, Sala de Descongestión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-33-31-75-2010-00192-01.”*

Ordenó al Tribunal accionado que, en un término de un (1) mes, contado a partir de la notificación del fallo, proferiera una nueva sentencia en el proceso, teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la providencia.

Para arribar a la citada resolutive, consideró que la decisión del Tribunal incurrió en defecto por desconocimiento del precedente, toda vez que si bien citó la sentencia de 4 de agosto de 2010 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado - Radicado No. 2004-061-45-01, la aplicó en sentido contrario al allí expuesto en la cual se consagró como regla que *“(…) la Ley 797 de 2003, en cuando previó como causal de retiro el cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho a la pensión, la cual puede ser solicitada por el empleador en nombre del interesado, no puede ser extensiva a quienes estaban amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.”*⁸

⁸ Folio 245.

En efecto, consideró que el Tribunal entendió que se exceptuaba a quienes se les hubiere reconocido pensión antes de la vigencia de la nueva ley *“cuando en realidad lo que dijo la jurisprudencia, era que no se aplicaba ‘para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003- **hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión** o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes”* (Negrillas incluidas por la Sección Cuarta).⁹

Resaltó que la providencia censurada citó como sustento de su decisión la sentencia del 27 de octubre de 2005, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Jesús María Lemus Bustamante, pero esta posición fue recogida de manera expresa en la sentencia que el Tribunal aplicó en forma indebida.

1.8. Impugnación

Ante la decisión adversa, tanto el Tribunal accionado como el Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional de Colombia impugnaron la sentencia y expusieron los motivos de su inconformidad, que se sintetizan así:

1.8.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección “F”

La Magistrada ponente de la decisión censurada afirmó que respetó el precedente jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado y explicó con suficiencia las razones que llevaron al Tribunal a negar la permanencia del actor en la entidad demandada, por cuanto la causal de retiro por pensión se encontraba vigente al momento en que fue reconocida la pensión de jubilación, situación que permitía a la administración disponer el retiro del accionante con fundamento en dicha causal.

⁹ Folio 246.

Retiró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda de tutela y transcribió apartes de la sentencia de 31 de julio de 2008, dictada por el Magistrado Gerardo Arenas Monsalve en el Expediente No. 2001-08, en la cual se concluyó que *“En el presente asunto no se discute la naturaleza especial de la pensión que le fuera reconocida al actor ni el beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a que tiene derecho, sino la aplicabilidad de las causales de retiro del servicio que además de las previstas en el Decreto Ley 262 de 2000, también le es aplicable la del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por ser esta una norma vigente de seguridad social.”*

A juicio del Tribunal, en el caso concreto, cuando entró en vigencia la Ley 797 de 2003 el actor no había cumplido los requisitos para obtener la pensión ni se encontraba pensionado, por cuanto adquirió su status pensional el 30 de noviembre de 2008, esto es, después de entrar en vigencia la Ley 797 de 2003 y su retiro fue posterior a la vigencia de dicha norma, la cual no contempló excepciones, sino que por el contrario cobijó a todos los empleados que se encontraban en la situación fáctica descrita.

Advirtió que cuando el Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010 afirmó que tendrán derecho a permanecer en el cargo los empleados que *“Hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión”* quiso decir que hubieran cumplido la edad y el tiempo de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2010, aquellos que obtuvieron el derecho pensional o se encontraban pensionados, caso que no se cumplió con el actor quien *“(…) adquirió su status pensional el 30 de noviembre de 2008, toda vez que nació el 30 de noviembre de 1953 y prestó sus servicios en la Universidad Nacional desde el 9 de julio de 1979 hasta el 8 de febrero de 2010.”*¹⁰

Precisó que en la sentencia objeto de tutela se consideró igualmente que el retiro por reconocimiento de la pensión de vejez permite, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y el ingreso de las nuevas

¹⁰ Folio 263.

generaciones a la administración, principios de orden constitucional que son de obligatoria observancia en el estudio de casos como el presente.

1.8.2. Universidad Nacional de Colombia - Fondo Pensional

La Directora del Fondo Pensional del ente universitario impugnó el fallo de primera instancia; afirmó que la Sección Cuarta del Consejo de Estado no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en la contestación de la demanda de tutela referidos a la existencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia como mecanismo judicial idóneo para cuestionar un fallo judicial cuando la argumentación del accionante se fundamenta en el desconocimiento de una sentencia de esta naturaleza.

Afirmó que, si la apoderada del accionante consideraba que la providencia del Tribunal desconocía el precedente judicial, debió interponer el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia del Tribunal (Artículo 261 del CPACA), lo cual no realizó por lo que no puede utilizar la acción de tutela como si se tratara de una tercera instancia “(...) *que resuelva un asunto con connotaciones más patrimoniales que constitucionales.*”¹¹

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las impugnaciones presentadas contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

¹¹ Folio

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia de 3 de abril de 2014, emanada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la acción de tutela ejercida contra la sentencia de 24 de octubre de 2013, que revocó el fallo de 13 de febrero de 2012 dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá que declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió para pronunciarse de fondo sobre la demanda incoada, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el actor en contra de la Universidad Nacional de Colombia.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva y **(iii)** estudio referido a los argumentos expuestos en la solicitud de amparo.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹², venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹³ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la

¹² Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

¹³ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁴.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁵.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que 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.**”¹⁶ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **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 jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

¹⁴ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁵ Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

¹⁶ Ídem.

Sin embargo, es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**”.

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 amplia¹⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuales dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuales impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -improcedencia 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) inmediatez; iii) 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.

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.

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.

¹⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

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.

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad en relación con el acatamiento del requisito de inmediatez, toda vez que la providencia de segunda instancia atacada es de de 24 de octubre de 2013, notificada por edicto desfijado el 12 de noviembre de 2013, y el libelo se presentó el 19 de febrero de 2014, en contra de una decisión ejecutoriada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida en el curso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁸, en relación con la cual no existe la posibilidad de interponer recursos ordinarios.

Cabe destacar que los argumentos presentados por la parte actora, no se encuentran incluidos en las causales taxativas contempladas por el legislador para acudir al recurso extraordinario de revisión, quedando pendiente el análisis de la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, tal como lo expuso la Universidad Nacional en el escrito de impugnación, el cual se abordará a continuación.

2.5. Análisis del caso concreto

2.5.1. Argumentos de impugnación expuestos por el Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional de Colombia

¹⁸ Lo anterior implica que no se ataca un fallo de tutela.

La Directora del Fondo de Pensiones del ente universitario manifestó que, en el caso concreto, no procedía la acción de tutela, ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo para cuestionar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuanto la argumentación de la parte actora se centró en el desconocimiento de un precedente judicial contenido en una sentencia de unificación de jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado, motivo por el cual debió haber interpuesto el recurso extraordinario previsto en el artículo 256 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para resolver este cuestionamiento, considera la Sala necesario analizar el marco conceptual que informa este mecanismo, de reciente creación legal.

2.5.1.1. Sentencias de unificación de jurisprudencia

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 270 definió qué sentencias tienen el carácter de unificadoras de jurisprudencia, a saber, las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado, en Sala Plena o en las Secciones, por:

i. Importancia jurídica.

ii. Trascendencia económica o social.

iii. Necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

iv. Las proferidas al decidir recursos extraordinarios.

v. Las relativas al mecanismo eventual de revisión.

En consonancia con lo anterior, el inciso 2 del artículo 271 del mismo estatuto dispuso que cuando se trate de importancia jurídica, trascendencia económica o social, o por necesidad *“corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones”*, y éstas a su

vez, lo harán *“en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso”*.

Teniendo presente cuáles son las sentencias revestidas del carácter de unificación jurisprudencial, se debe resaltar que su finalidad es *“garantizar la aplicación de la Constitución, la Ley y el reglamento, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”*¹⁹.

De conformidad con la redacción del artículo se incluyen *“... no solo las sentencias que se expidan en estas condiciones a partir de la vigencia del Estatuto, sino también las que “haya proferido” el Consejo de Estado en los procesos citados”*²⁰.

Ahora bien, dada la naturaleza y el objetivo especial que se persigue con el proferimiento por parte de la Corporación de sentencias de unificación de jurisprudencia, la Sala considera que no es procedente ejercer acción de amparo constitucional para cuestionarlas, en tanto ello atentaría contra los principios de cosa juzgada constitucional y seguridad jurídica que se pretende salvaguardar.

2.5.1.2. Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

Entre los principales cambios introducidos al ordenamiento jurídico con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, destaca la mayor importancia que se busca dar a la unificación de la jurisprudencia, con miras a brindar al ciudadano un trato igualitario y seguridad jurídica, como garantía de que los asuntos que se sometan a consideración de las autoridades administrativas y judiciales, serán resueltos de la misma forma en que con anterioridad han sido solucionados casos análogos.

¹⁹ Sentencias de unificación jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. Alfonso Vargas Rincón. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011; pág. 130.

²⁰ Arboleda Perdomo Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Segunda Edición, Ed. Legis.

En virtud del fortalecimiento del respeto al precedente y de la unificación jurisprudencial fueron creados, el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado por parte de las autoridades administrativas y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, asimismo se confirmó la facultad de la Sala Plena de esta Corporación y, en algunos casos, de las Secciones, para asumir competencia para fallar asuntos con el objeto de unificar la posición de la Corporación.

Con la finalidad específica de asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y de garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con las providencias judiciales desconocedoras del precedente vinculante y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales, ha sido creado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, introducido al ordenamiento jurídico por los artículos 256 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

El recurso debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia cuestionada, y en cuanto a su procedencia, se exige que ésta contraríe o desconozca una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Gozan de legitimación en la causa para interponer el recurso, cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados.

2.5.1.3. Análisis de la idoneidad del recurso de unificación de jurisprudencia en el caso concreto

En el *sub examine* el accionante presentó tres argumentos de inconformidad a saber: (i) defecto sustantivo; (ii) defecto fáctico y (iii) desconocimiento del precedente, todos los cuales en realidad hacen referencia a que el Tribunal accionado desconoció “(...) *el precedente judicial trazado por el Consejo de Estado en agosto de 2010, exp. No. 2533-07, ratificado en sentencia de la misma*

Corporación, sentencia del 20 de enero de 2011 C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, exp. No. 250002325000200407982-1 y sentencia del 21 de noviembre de 2011. C.P. Dr. Luis Vergara Quintero, exp. No. 25000232500020051128-1.”²¹

Al respecto se tiene que la sentencia de 4 de agosto de 2010 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con Ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren es de unificación de jurisprudencia, en tanto se dictó por la Sala Plena de la Sección y se pretendió con ella recoger el criterio que venía imperando sobre la aplicación de la causal de retiro consagrada en el párrafo 3º del numeral 9º de la Ley 797 de 2003.

Si bien el actor cita otras sentencias, las mismas obedecen a la reiteración de lo sentado en la anterior, toda vez que, en efecto la *ratio decidendi* ha venido siendo aplicada por la Sección Segunda del Consejo de Estado a todas aquellas personas que se encontraban amparadas con el régimen de transición, aun cuando su pensión no hubiera sido reconocida.

En efecto, en sentencia de 24 de octubre de 2012²², la Sección Segunda del Consejo de Estado, consideró:

*“En primer lugar, debe reafirmarse como se analizó en la sentencia citada, que todas las personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, pese a no disfrutar el derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos que respetan la oponibilidad de una situación jurídica consolidada, de manera, que estos individuos pueden confiar en que **dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular.**”* (Negritas incluidas en el texto original).

²¹ Folio 3.

²² Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 680012331000200403044 01(250411). Actora: AURORA URIBE BADILLO. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA –INURBE EN LIQUIDACIÓN.

Visto lo anterior, en consideración a que los argumentos expuestos por el tutelante hacen referencia al desconocimiento del precedente contenido en la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación la cual tiene el carácter de unificadora de jurisprudencia, en los precisos términos del artículo 270 del C.P.A.C.A., debió interponer el recurso de unificación que constituye, en vigencia del nuevo ordenamiento, el mecanismo idóneo para debatir ante el juez ordinario su inconformidad con la providencia.

En conclusión, se tiene que en el proceso ordinario que es objeto de análisis procedía el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia toda vez que la Ley 1437 de 2011, se encontraba vigente al momento de proferirse la decisión controvertida. Sin embargo, el accionante no acudió a tal mecanismo, lo que hace improcedente la acción de tutela, por no cumplir el requisito adjetivo de subsidiariedad y no ser posible revivir por medio de ésta los términos para hacer uso de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone al alcance de los ciudadanos.

Al respecto, en la sentencia T-472 de 2008, estableció:

“La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales.”

De lo expuesto, la Sala concluye que en el asunto bajo estudio, no hay lugar a analizar el fondo, ni procede la intervención del Juez Constitucional, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia que concedió el amparo solicitado para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de amparo y se dejarán sin efectos las decisiones que se hayan adoptado con fundamento en la sentencia de primera instancia.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de 3 de abril de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante la cual concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Pedro Hernán Rivera Ariza para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DEJAR sin valor ni efectos las actuaciones que se hayan dictado con fundamento en la sentencia de primera instancia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA