



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01166-01

Actor: ALBERTO JAVIER VÉLEZ BAENA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte actora, contra la sentencia de primera instancia del 2 de noviembre de 2017, proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se negó la acción de tutela interpuesta.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Con escrito radicado el 8 de mayo de 2017¹, en la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Alberto Javier Vélez Baena, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra el Tribunal Administrativo de Bolívar con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

Las mencionadas garantías constitucionales las consideró vulneradas con ocasión de la sentencia del 27 de abril de 2017

¹ Folio1 del C.1.



proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se revocó la providencia del 21 de enero de 2016 del Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor contra la Procuraduría General de la Nación, con número de radicación 13001-33-33-008-2012-00165-03.

A título de amparo constitucional solicitó:

“...1. Que se tutelen los derechos fundamentales y constitucionales establecidos en el artículo 13 de la Constitución colombiana que establece el derecho a la igualdad, artículo 29 de la Constitución Política colombiana, que establece el debido proceso para las actuaciones judiciales y arrastra en su violación lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política que establece el deber del juez de aplicar la norma constitucional y la ley, para que así se aplique la norma constitucional vigente, la cual para el presente caso concreto es la establecida, específicamente en el artículo 280 de la Constitución Nacional, que equipara a los Agentes del Ministerio Público-Procuradores Judiciales con los Magistrados de los Tribunales y de los Consejos Seccionales de la Judicatura ante quienes son delegados, y de igual modo se aplique la ley vigente, la cual se encuentra establecida en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, la cual reconoce exento del tributo (renta de trabajo), en el 50% del salario mensual percibido por mi poderdante, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2003 hasta el 10 de marzo de 2010, incluyendo la regulación normativa aplicable, la bonificación por gestión judicial y por compensación, así como la prima especial de servicio.

2. Solicitamos que se declare la ilegalidad de la sentencia del 27 de abril de 2017 proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, en la sala de decisión No. 01 despacho 03, conformada por las doctoras M.P. CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE y ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS, por medio de la cual revoca en su integridad la sentencia de fecha 21 de enero de 2016, dictada por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, y en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el suscrito ALBERTO JAVIER VÉLEZ BAENA, contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

3. Como consecuencia de dicha declaratoria se deje sin efecto tal providencia, y en consecuencia, se le ordene al Tribunal Administrativo de Bolívar, proferir una providencia que se ajuste a la igualdad salarial, tributaria etc, consagrada en los artículos 13 y 280 de la Carta entre MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y AGENTES DE MINISTERIO PÚBLICO que actúa ante estos, en los términos y bajo los argumentos expuestos en la presente acción, en el sentido de acceder a las pretensiones dentro del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho seguido



en el despacho del Tribunal Administrativo de Bolívar bajo el número de radicado No. 13001-33-33-011-2012-00165-03².

Fundamentó las anteriores solicitudes en que la providencia cuestionada incurrió *"...en la causal de defecto fáctico sustantivo, porque las motivaciones en que se basa la decisión de mérito del 27 de abril del 2017 contrarían abiertamente la constitución (sic), las leyes y varios fallos de constitucionalidad de obligatorio acatamiento"*.

Precisó que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 280 de la Constitución Política, al afirmar que *"...entre MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y SUS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO NO EXISTE LA IGUALDAD DE DERECHOS QUE PREGONA EL ARTÍCULO 280 DEL ESTATUTO SUPRA LEGAL EN CONSONANCIA CON EL ARTÍCULO 206 NUMERAL 7º DEL E.T., sino diferencias en materia tributaria"*.

Adujo como desconocidas las sentencias C-250 de 2003; SU-918 de 2010.

Sostuvo que el Tribunal no tuvo en cuenta los oficios (i) DEAJRH10-1357 del 11 de marzo de 2010, suscrito por el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura; (ii) respuesta a derecho de petición, calendada 16 de febrero de 2011, expedida por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, del Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Armenia; y, (iii) oficio SG 3854 del 11 de septiembre de 2012 de la Secretaría General de la Procuraduría General (acto acusado de nulidad) con el cual se le negó al actor la petición de aplicación de la exención tributaria, que acreditaban el trato desigual en materia de exención tributaria frente a los magistrados de tribunal.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales resultan relevantes para la decisión que se adopta:

- El señor Alberto Javier Vélez Baena, en su condición de Procurador 21, II en lo Judicial Administrativo con funciones de

² Folio 20 del expediente.



ministerio público ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, solicitó el 24 de agosto de 2012, a la Procuraduría General de la Nación que se le reconociera el derecho tributario de exención previsto en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario a partir del 25 de marzo de 2003 y hasta el 14 de marzo de 2010, fecha en la que fue desvinculado del cargo.

- El 11 de septiembre de 2012, la entidad negó la petición del actor con fundamento en que “...i) las bonificaciones tanto de Compensación como de Gestión Judicial, sólo constituyen factor salarial para efectos pensionales; ii) que la competencia para fijar los salarios y prestaciones para servidores del Estado, corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional, y iii) que la prima especial de servicios no es factor salarial y en consecuencia no se tiene en cuenta para la liquidación de la exención tributaria señalada en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario”.
- El 24 de agosto de 2012, el actor solicitó a la DIAN el reconocimiento de la exención tributaria en su condición de ex procurador judicial grado II, petición que fue negada el 29 de agosto de la misma anualidad, con fundamento en que “...es la Procuraduría General de la Nación la encargada de hacer la retención en la fuente a título de impuesto de renta por los pagos laborales a sus empleados, y que por tanto la DIAN carecía de competencia para hacer la devolución, siendo la primera en su condición de agente auto retenedor quien debe hacer la devolución de sumas por retenciones indebidas o en exceso”.
- Ante la negativa a sus solicitudes, el actor promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación y la DIAN, para que se declarara la nulidad de los citados actos administrativos expedidos por estas entidades que negaron la solicitud de exención tributaria.
- Del proceso conoció en primera instancia, el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, que en sentencia del 21 de enero de 2016³, declaró la nulidad del acto administrativo del 11 de septiembre de 2012 de la Procuraduría General de la Nación, en consecuencia, le ordenó reliquidar el valor de la retención en la fuente, practicada a los ingresos del demandante, teniendo en cuenta el 50% del salario

³ Folios 35 a 59 de expediente.



como gastos de representación exentos, y bajo el entendido de que la bonificación por gestión judicial y la bonificación por compensación constituyen salario, al concluir que *“...para efectos tributarios la bonificación por gestión judicial y la bonificación por compensación que percibe un procurador delegado ante tribunal constituyen salario en consecuencia deben ser tenidas en cuenta al momento de liquidar el ingreso salarial a efectos de liquidar la retención en la fuente”*.

- La entidad demandada apeló, recurso que fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Bolívar que en providencia del 27 de abril de 2017⁴, revocó la decisión de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, al considerar que *“...de conformidad con la regulación advertida a lo largo del plenario, que la bonificación por gestión judicial y por compensación, así como la prima especial de servicios no constituyen factor salarial para los efectos de la exención deprecada por el demandante lo que conlleva a precisar que los actos demandados estuvieron ajustados a la Ley. De ahí que resulte improcedente la orden de devolución de monto alguno, con ocasión a tales conceptos”*.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 10 de mayo de 2017⁵, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y dispuso su notificación a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y al Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

Así mismo vinculó en calidad de terceros a la Procuraduría General de la Nación, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y a la Agencia Nacional de Defensa Judicial, otorgándoles 2 días para que rindieran informe sobre la demanda interpuesta.

Adicionalmente ordenó que se publicara en la página web del Consejo de Estado el auto admisorio de la demanda, con el fin de dar a conocer el presente asunto a los terceros interesados.

⁴ Folios 21 a 32 del expediente.

⁵ Folio 103 del expediente.



Mediante providencia del 26 de julio de 2017⁶, los magistrados que integraban la Sección Cuarta de esta Corporación manifestaron impedimento por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que en el asunto de tutela de la referencia el debate constitucional gira en torno a la aplicación de una exención tributaria a un procurador, de la que se benefician los magistrados de tribunales y los magistrados auxiliares de las altas cortes, por lo que resulta evidente que existe un interés en la actuación procesal, toda vez que se desempeñaron como magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Antioquia (doctores Stella Jeannette Carvajal Basto y Jorge Octavio Ramírez Ramírez) y como magistrado auxiliar de esta Corporación (doctor Milton Chaves García).

Con fundamento en lo anterior como todos los que conformaban la Sección Cuarta de esta Corporación, se manifestaron impedidos para conocer del presente asunto, solicitaron el sorteo de conjueces, de conformidad con el inciso final del artículo 140 del Código General del Proceso.

3.2. Intervención de las autoridades judiciales

3.2.1. La Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante correo electrónico del 18 de mayo de 2017⁷, solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela.

Adujo que el actor pretende configurar un defecto sustantivo, "...con argumentos falaces; afirmando que se dejaron de aplicar sentencias se la Corte Constitucional cuya ratio decidendi no resulta pertinente frente al caso concreto, luego no resulta acertado concluir que, los Procuradores Judiciales tienen derecho a la exención tributaria prevista en el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario, pues se vulneraría el principio de taxatividad en materia tributaria. Al respecto, se debe precisar que todas las sentencias que trae a colación el accionante, hacen referencia al estudio que ha efectuado la Corte Constitucional frente a las demandas de exequibilidad del artículo 206 No. 7º del Estatuto Tributario cuyos problemas jurídicos se han centrado en resolver la exención tributaria prevista para los Magistrados de los Tribunales y Fiscales así como los jueces, haciendo precisión en 'servidores judiciales', esto es, de la Rama Judicial. De ninguna manera han tratado el tema de los empleados

⁶ Folio 161 del expediente.

⁷ Folios 150 a 153 del expediente.



públicos adscritos a la Procuraduría General de la Nación, como lo son los procuradores judiciales”.

3.2.1. El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, guardó silencio a pesar de que fue notificado⁸ en debida forma.

3.3. Intervención de los terceros

3.3.1. La Subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con escrito radicado el 18 de mayo de 2017⁹, adujo que la acción constitucional de la referencia está dirigida al proceder del Tribunal Administrativo de Bolívar, al resolver el recurso de apelación revocando la sentencia de primera instancia del Juzgado Décimo Primero del Circuito de Cartagena, por lo que concluye que el asunto se contrae a establecer si las irregularidades procedimentales aducidas se configuraron o no, por tanto, corresponde a las autoridades judiciales defenderse de los cargos propuestos.

3.3.2. La Procuraduría General de la Nación, a pesar de que fue debidamente notificada¹⁰, no se pronunció al respecto.

4. Fallo impugnado

La Sección Cuarta del Consejo de Estado - Sala de Conjuces dictó sentencia el 2 de noviembre de 2017¹¹, por medio de la cual negó la tutela, al considerar que *“...las bonificaciones por gestión judicial y compensación solo constituyen factor salarial para determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes y no para efecto de la exención prevista en el numeral 7º del artículo 206 del Estatuto Tributario”.*

Así mismo, se pronunció sobre la manifestación de impedimento de los consejeros de la Sección Cuarta, al señalar que *“...con base en lo dispuesto por el artículo 140 del Código General del Proceso, se ordenó que, por la Presidencia de la Sección, se procediera al sorteo de la Sala de Conjuces a fin de surtir el trámite que corresponda, esto es, resolver de*

⁸ Folios 109 y 109 anverso del expediente

⁹ Folios 113 y 114 del expediente.

¹⁰ Folios 106, 116 anverso del expediente.

¹¹ Folios 179 a 196 del expediente.



manera conjunta los impedimentos manifestados, considera la Sala que, por razones de economía procesal y teniendo en cuenta que la acción se tramita ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta aplicable al caso el artículo 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual, cuando el impedimento comprenda a todos los integrantes de una Sección del Consejo de Estado, la Sala que decida el impedimento, en caso de encontrarlo fundado, avocará el conocimiento del proceso”.

5. Impugnación

La parte actora, impugnó la decisión de primera instancia para que se revocara y, en su lugar, se accediera al amparo solicitado.

Adujo que “...lo que pretendimos en el proceso ordinario y en su vía administrativa, lo destaco: Es que a los PROCURADORES EN LO JUDICIAL II, con funciones ante los Tribunales Administrativos se nos dé el mismo trato que se les da a los Magistrados de esos tribunales, en la aplicación de la exención tributaria consagrada en el numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario, en la misma medida en que le es aplicada a los Magistrados del Tribunal ante el cual ejerce sus funciones el Procurador Judicial II, a quienes se les aplica la exención del 50% consagrada en dicha norma, sobre la totalidad de los ingresos percibidos por dichos magistrados, mientras que a los agentes del Ministerio Público, caso del suscrito demandante, por el contrario, para aplicar la exención legal en cita, se le excluyen las bonificación (sic) por compensación y la prima especial de servicio, que UNOS Y OTROS PERCIBEN MENSUALMENTE, vulnerando de esa manera la igualdad de derechos entre Magistrados de Tribunal y sus agentes del Ministerio Público que consagra el artículo 280 de la Constitución y el mismo estatuto tributario en su art. 206 numeral 7°”.

Reiteró que con la demanda ordinaria aportó los oficios (i) DEAJRH10-1357 del 11 de marzo de 2010, suscrito por el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura; (ii) respuesta al derecho de petición, calendada 16 de febrero de 2011, expedida por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, del Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Armenia; y, (iii) oficio SG 3854 del 11 de septiembre de 2012 de la Secretaría General de la Procuraduría General (acto acusado de nulidad) con el cual se le negó al actor la petición de aplicación de la exención tributaria, para probar el trato desigual en



materia de exención tributaria, material probatorio que no fue tenido en cuenta por el Tribunal.

Señaló que el Consejo de Estado a través de múltiples pronunciamientos ha dicho insistentemente que “...todo aquello que regularmente perciba el trabajador por compensación de la labor que realiza para el empleador, constituye factor salarial para liquidar sus prestaciones”, para lo cual citó las siguientes sentencias:

- ✓ 19 de mayo de 2010, Subsección B de la Sección Segunda, expediente No. 250002325000200501134-01, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez;
- ✓ 8 de abril de 2010, Subsección B de la Sección Segunda, expediente No. 050012331000200301247-01, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez;
- ✓ 4 de marzo de 2010, Sección Segunda, expediente No. 25000-23-25-000-2004-08387-01, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

6. Trámite en segunda instancia

Encontrándose el expediente de la referencia al despacho para resolver en segunda instancia la impugnación presentada por el señor Alberto Javier Vélez Baena, se advirtió la necesidad de establecer si el escrito de apelación fue presentado oportunamente o no, en razón a que el actor afirmó que remitió memorial de impugnación “...POR ENVIA DESDE NOVIEMBRE 8 DE 2017 PARA EL CONSEJO DE ESTADO, EL CUAL NO FUE RECIBIDO EN ESA ENTIDAD BAJO LA ADVERTENCIA QUE EN ESE NO ESTABAN LOS CONJUECES, SIN CONSIDERAR QUE SE TRATABA DE UN PROCESO QUE SE VENTILA EN LA SECCIÓN CUARTA EN SALA DE CONJUECES. IGUALMENTE LES ENVÍO LA GUIA DEL REMITIDO DONDE SE INSERTA LA NEGATIVA DE RECIBIDO”.

Con fundamento en lo anterior, mediante auto del 30 de enero de 2018¹², se dispuso que por Secretaría General se oficiara a la empresa “envía” de la ciudad de Cartagena, para que informara las fechas en las que presuntamente el Consejo de Estado rechazó en dos oportunidades el recibo del memorial contentivo de la

¹² Folios 239 y 240 del expediente.



impugnación de la sentencia del 2 de noviembre de 2017; el oficio fue enviado el 5 de febrero de 2018¹³, sin que se obtuviera respuesta alguna.

En este orden, ante la duda de poder establecer si la impugnación fue presentada oportunamente, se procederá a hacer el estudio de la impugnación, en aras de garantizar el derecho de defensa.

7. Impedimento manifestado por el Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

Con escrito del 28 de febrero de 2018, el citado consejero, manifestó que se encuentra incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, con fundamento en que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio lugar a la acción de tutela cuya impugnación fue puesta en consideración de la Sala, se discute la aplicación de una exención tributaria a un procurador delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, bajo el argumento de que este tiene el mismo régimen prestacional que los magistrados de tribunales y los magistrados auxiliares de las altas cortes, a quienes sí se les aplica dicho beneficio fiscal, y dicha exención le fue reconocida mientras se desempeñó como magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

8. Aceptación del impedimento

La Sala con providencia del 28 de febrero de 2017, declaró fundado el impedimento manifestado y separó del conocimiento del asunto al doctor Moreno Rubio, toda vez que encontró acreditada la causal de impedimento contemplada en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la exención tributaria discutida en el proceso ordinario le fue aplicada mientras se desempeñó como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹³ Folios 241 anverso y 242 del expediente.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta, Sala de Conjuces del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde determinar si se confirma, modifica o revoca el fallo del 2 de noviembre de 2017, el cual negó la solicitud de amparo interpuesta por la parte actora. Así, el problema jurídico a resolver es:

¿Incurrió la autoridad judicial accionada en los defectos sustantivo, fáctico y el desconocimiento del precedente, alegados por el actor al proferir la sentencia del 27 de abril de 2017?

3. Razones Jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** generalidades de los defectos alegados; y, **(iii)** análisis del caso concreto.

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁴ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 31 de julio de 2012. C.P. María Elizabeth García González. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01



adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁵, por lo que procedió a unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁶, **observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.**

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

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹⁸ para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró 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, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

3.2. Generalidades del defecto sustantivo

La Corte Constitucional¹⁹, ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*²⁰.

¹⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁶ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela - Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

¹⁸ De manera general, dicha decisión consagró la necesidad de que la acción de tutela cumpla con unos presupuestos generales de procedibilidad –inmediatez, tutela contra tutela, subsidiaridad–, así como fijó las causales específicas de procedencia, los cuales denominó defectos, y dependiente de su naturaleza, pueden ser fáctico, sustantivo, procedimental, orgánico, por desconocimiento del presente o desconocimiento directo de la Constitución.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

²⁰ Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Espinosa, T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-033 del 1º de febrero de



Puntualmente, el defecto sustantivo lo configuran los siguientes supuestos:

- a) El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente²¹ o porque ha sido derogada²², es inexistente²³, inexecutable²⁴ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador²⁵.
- b) No se hace una interpretación razonable de la norma²⁶.
- c) La disposición aplicada es regresiva²⁷ o contraria a la Constitución²⁸.
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición²⁹.
- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma³⁰.
- f) Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

3.3. Del defecto fáctico

2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²² Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-807 del 26 de agosto de 2004. M.P. Clara Inés Vargas



Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015³¹ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Estos aspectos tienen las siguientes características:

Evento	Características
Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitób) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legalc) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en</p>

³¹ Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01



<p>veracidad de los hechos alegados por las partes</p>	<p>el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez. b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
<p>Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas</p>	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p> <ul style="list-style-type: none"> c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado
<p>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</p>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde señalar:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional. b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración. c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.



Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada, los derechos de terceros, la seguridad, la buena fe y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador.

3.4. Del precedente

La Sala precisa que constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente.

Resulta necesario precisar “...que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.”³²

En otras palabras, para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una Alta Corte, haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Alta Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico,

³² Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01



por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos – semántico, sistemático y funcional–, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

Se destaca que existe una tendencia en los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional que confunden y utilizan en forma indistinta los conceptos de jurisprudencia y precedente, como acaeció en la sentencia SU-053 del 2015³³ en la que se consignó que *“El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*.

Tal definición deja por fuera un elemento esencial y determinante de la noción de precedente y es precisamente aquel referido a que la sentencia que se califica como tal **debe haber creado una regla para solucionar un determinado conflicto jurídico**, aspecto que fue dejado de lado por el alto tribunal, al considerar que cualquier sentencia o conjunto de sentencias podía constituir precedente.

Sin embargo, tal yerro fue corregido por la alta Corporación en la sentencia SU-288 de 2015³⁴ que en forma clara diferenció el concepto de precedente de la necesidad constante de realizar ejercicios interpretativos del ordenamiento jurídico, labor que no sólo comprende la integración del derecho, sino la creación de subreglas:

“...la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica

³³ Corte Constitucional, Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-288 del 14 de mayo de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo



esencialmente la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos”.

Así, constituyen precedente las sentencias de unificación que profiere el Consejo de Estado, cuyo fundamento normativo se encuentra en los artículos 270³⁵ y 271 de la Ley 1437 de 2011³⁶, en virtud de los cuales se unificó el concepto de sentencia de unificación y se fijaron los criterios para su proferimiento.

3.5. Análisis del caso concreto

En el *sub judice*, la parte actora demandó en acción de tutela al Tribunal Administrativo de Bolívar al considerar que con la providencia del 27 de abril de 2017 se incurrió en los defectos:

Sustantivo, al afirmar que *“...entre MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y SUS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO NO EXISTE LA IGUALDAD DE DERECHOS QUE PREGONA EL ARTÍCULO 280 DEL ESTATUTO SUPRA LEGAL EN CONSONANCIA CON EL ARTÍCULO 206 NUMERAL 7º DEL E.T., sino diferencias en materia tributaria”.*

Al respecto se advierte que la providencia cuestionada hizo un estudio juicioso sobre la regulación de la bonificación por gestión judicial y compensación, así como de la prima de servicios, encontrando que el Decreto 3131 de 2005, creó la bonificación de actividad judicial, sin carácter salarial; posteriormente con el Decreto 3900 de 2008, indicó que la bonificación constituiría factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y de Seguridad Social en Salud.

³⁵ Esta primera norma consagra la definición de sentencia de unificación, en los siguientes términos: **“Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

³⁶ **“Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia.** Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público”.



Por otra parte, se precisó que la bonificación judicial fue creada por el Decreto Ley 160 de 1998, con carácter permanente y que constituiría factor salarial solo “...para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los magistrados de las altas cortes”; norma que fue derogada por el artículo 1º del Decreto 2668 de 1998, al considerar que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos pertenecientes a la Rama Judicial, se limitaba a los diez primeros días del mes de enero de cada año.

Para suplir el vacío se expidió el Decreto 4040 de 2004, que creó de manera específica la bonificación de gestión judicial para los magistrados de Tribunal y otros funcionarios incluyendo a los Agentes del Ministerio Público ante los magistrados de Tribunal, aclarando que “...sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación, debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta bonificación”; norma que fue declarada nula por esta Corporación en sentencia del 14 de diciembre de 2011.

Posteriormente se profirió el Decreto 1102 del 24 de mayo de 2012, indicando que constituiría factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora, en relación con la prima de servicios, creada por la Ley 4ª de 1992, también se indicó que ésta no tiene carácter salarial; disposición que fue aclarada por la Ley 332 de 1996 al establecer que tal prestación haría parte del ingreso base “...únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley”.

En este orden, las normas que han creado las bonificaciones citadas y la prima de servicios han sido claras en señalar que tienen carácter salarial para determinar el ingreso base de cotización al sistema de salud y pensión.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal accionado encontró que al actor en su condición de procurador judicial grado II, efectivamente le correspondía la exención tributaria contenida en el



artículo 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario, pero solo de lo que constituía salario, para el efecto, la citada exención no comprendía la bonificación por gestión, por compensación, ni de la prima de servicios, toda vez que estos conceptos constituyen factor salarial únicamente para efectos pensionales y de seguridad social.

Así, se advierte que la autoridad judicial accionada analizó la naturaleza de los conceptos citados para concluir que ninguno tiene carácter salarial para efectos tributarios o fiscales, razón por la que no procedía tenerlos en cuenta para la exención tributaria pretendida por el actor, circunstancia que no solamente aplica a los Procuradores Judiciales, sino a todos los funcionarios que reciben estas prestaciones.

En la providencia censurada, no se estableció diferencia alguna entre las exenciones tributarias que se realizan a los magistrados de Tribunal y Procuradores Judiciales II, por el contrario lo que se hizo fue explicar que esos conceptos fueron creados sin carácter salarial y las normas fueron muy específicas al señalar que harían parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión, y nada se dijo respecto a las exenciones en materia tributaria o fiscal, luego entonces, como lo advirtió el Tribunal, la regulación aplicable al caso preveía que las bonificaciones judiciales por gestión y por compensación, así como la prima de servicios no constituían factor salarial, por tanto procedía despachar en forma negativa las pretensiones del actor.

En este orden de ideas, la providencia cuestionada no vulnera los derechos fundamentales alegados por la parte actora, toda vez que ésta se profirió dentro de un marco de razonabilidad que analizó todos los extremos de la *litis*, cuya decisión no corresponde a un vicio procesal ostensible y desproporcionado, ni a intereses subjetivos o caprichosos del fallador de instancia, por el contrario, la providencia cuestionada se encuentra enmarcada dentro del principio de autonomía judicial que tienen los jueces de la República, por lo que no resulta válido el argumento expuesto, en el libelo introductorio, referido a la existencia de un defecto sustantivo.

Frente al **defecto fáctico**, consistente en que no se tuvieron en cuenta los oficios (i) DEAJRH10-1357 del 11 de marzo de 2010; (ii)



la respuesta al derecho de petición, del 16 de febrero de 2011; y, (iii) el oficio SG 3854 del 11 de septiembre de 2012 de la Secretaría General de la Procuraduría General; se evidencia que a folios 57 y 58 del expediente, estas pruebas que echa de menos el actor, sí fueron tenidas en cuenta en la providencia.

Cabe resaltar, que este material probatorio no acreditaba el trato desigual en materia de exención tributaria entre magistrados de tribunal y los agentes del ministerio público, como lo pretende el actor con su dicho, sino que daban cuenta de las solicitudes del actor para que se le aplicara la exención tributaria a la bonificación por gestión judicial, por compensación, los gastos de representación y la prima de servicios.

Así, al realizar el análisis de las pruebas, el Tribunal concluyó que no le asistía razón al actor en sus pretensiones, en cuanto la regulación aplicable y la posición jurisprudencial advertían de manera expresa que tales conceptos no están incluidos entre los factores exentos previstos en el numeral 7º del artículo 206 del Estatuto Tributario.

En consecuencia, este cargo no tiene vocación de prosperidad.

Respecto al desconocimiento del precedente, alegado por el actor en el escrito de tutela, citó las sentencias:

- ✓ C-250 de 2003, que hace referencia al principio de igualdad;
- ✓ SU-817 de 2010, relacionada a la acción de tutela contra providencias judiciales y la configuración de los defectos fáctico, sustantivo y procedimental en una providencia judicial.

No se advierte desconocimiento del precedente alegado, pues una de las sentencias se refiere al derecho a la igualdad, que fue tenido en cuenta en el fallo que se cuestiona, toda vez que no marca diferencias entre los magistrados de tribunal y los procuradores judiciales II, pues justamente lo que analiza la providencia cuestionada es la naturaleza de las bonificaciones de gestión judicial, compensación y prima de servicios para concluir que éstas no son factor salarial, por tanto no pueden ser tenidas en cuenta para la exención tributaria pretendida por el actor.



Frente a la SU-810 de 2010, no podía tenerse en cuenta por la autoridad judicial accionada, toda vez que trata sobre la configuración de defectos fáctico, sustantivo y procedimental en una providencia judicial en general.

Precisa la Sala que en relación con múltiples pronunciamientos de esta Corporación “...todo aquello que regularmente perciba el trabajador por compensación de la labor que realiza para el empleador, constituye factor salarial para liquidar sus prestaciones”, para lo cual citó varias providencias de la Sección Segunda, no se hará pronunciamiento al respecto, toda vez que constituye una argumentación nueva, y realizar su estudio implicaría desconocer el derecho fundamental de defensa que le asiste a la parte accionada, en la medida en que estas no tuvieron la oportunidad de referirse a la inadvertencia del fallo mencionado.

En consecuencia, la Sala encuentra razones suficientes para confirmar el fallo proferido por la Sección Cuarta, Sala de Conjuces del Consejo de Estado, mediante el cual se negó la tutela.

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: CONFIRMAR la sentencia del 2 de noviembre de 2017, por la cual la Sala de Conjuces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la solicitud de amparo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la



Acción de tutela – fallo de segunda instancia

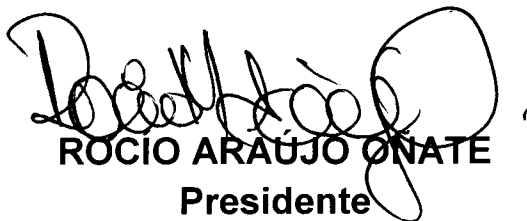
Accionante: Alberto Javier Vélez Baena

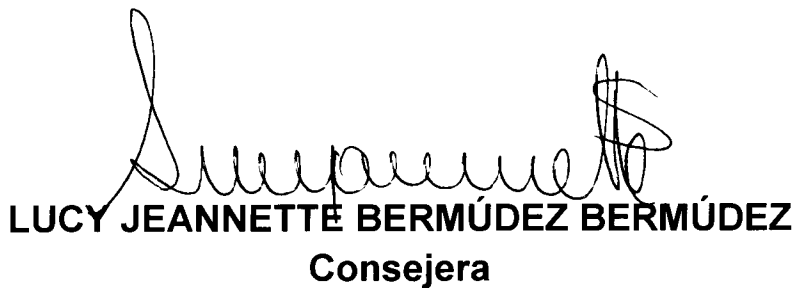
Accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar

Rad. 11001-03-15-000-2017-01166-01

ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

