



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: 11001-03-15-000-2017-01698-01

Actora: MARGOTH CECILIA HERNÁNDEZ MORALES

Demandados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B Y OTRO

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 13 de diciembre de 2017, proferida por 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 28 de junio de 2017¹, en la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Valledupar, la señora Margoth Cecilia Hernández Morales, por medio de apoderado judicial², interpuso acción de tutela en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad.

¹ Folio 6 del expediente.

² La señora Margoth Cecilia Hernández Morales, otorgó poder al abogado Carlos Andrés Figueroa Blanco, para que la representa en la acción de tutela de la referencia, folio 7 del expediente.



Las mencionadas garantías constitucionales las consideró vulneradas con ocasión de la sentencia del 11 de mayo de 2017, mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la actora contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Valledupar con número de radicación 20001-23-33-000-2013-00222-01.

A título de amparo constitucional solicitó:

“...REVOCAR la sentencia del 11 de mayo de 2017, notificada el día 26 de mayo de 2017, emitida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en cuanto a la confirmación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, para que en su lugar se ordene a la Sala accionada expedir nueva providencia atendiendo las disposiciones contenidas en el literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969; y CONFIRMAR la revocatoria del numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia por este medio atacada”³.

Fundamentó las anteriores solicitudes en que la providencia cuestionada incurrió en los defectos fáctico y sustantivo, por cuanto a su juicio, no se tuvo en cuenta que su vinculación como docente ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que permitía la aplicación del literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, por tanto, el hecho de que se aplicara el IBL del artículo 46 del Decreto 692 de 1994, vulnera los derechos fundamentales invocados.

2. Hechos

2.1. La actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el Municipio de Valledupar con el fin de que se anulara el acto

³ Folio 1 del expediente.



administrativo que le negó la reliquidación de su pensión de invalidez.

2.2. Del proceso conoció en primera instancia el Tribunal Administrativo del Cesar que en sentencia del 6 de marzo de 2015⁴, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la actora, al considerar que:

“...Se observa que si bien es cierto, a la señora Margoth Cecilia Hernández Morales, a través de la sentencia antes mencionada, se le reconoció una relación laboral con el Departamento del Cesar por la prestación del servicio de docente durante unos periodos comprendidos entre los años 2000 y el 2002, lo cierto es que al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de 2003, la demandante no se encontraba vinculada al servicio docente.

Así como quiera que con la Resolución No. 00586 de 25 de marzo de 2004, y con el formulario único para determinación de pérdida de capacidad laboral, obrantes en el plenario se puede determinar que la demandante se vinculó al servicio docente el 25 de marzo de 2004, se tiene que el régimen pensional aplicable a ésta es el previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 ya que se vinculó al servicio educativo después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

(...)no le asiste razón a la demandante cuando señala que su pensión de invalidez debió liquidarse por el 100% del último salario devengado, tal como lo establece el literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, o en su defecto, por el 75% del salario devengado en el último año de servicios, como lo dispone el artículo 10 de la Ley 776 de 2002, pues si bien es cierto que para el reconocimiento de su pensión de invalidez se aplica el régimen de riesgos profesionales establecido en el Decreto 1295 de 1994 y en la Ley 776 de 2002, ésta debe ser equivalente al 75% del promedio salarial de todo el tiempo de servicios, esto es, el comprendido entre el 25 de marzo de 2004 hasta el 31 de agosto de 2010, tal como lo indica el artículo 46 del Decreto 692 de 1994, citado. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se concluye que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de la primera mesada pensional que reclama”.

⁴ Folios 30 a 34 del expediente.



2.3. Inconforme con lo resuelto, la actora apeló, recurso que fue desatado por la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en sentencia del 11 de mayo de 2017⁵, confirmó la decisión de primera instancia, excepto en la condena en costas que fue revocada, al señalar que:

“...De este modo, una cosa es que el tiempo laborado por prestación de servicios sea tenido en cuenta para efectos pensionales, como quiera que constituye un deber del contratista realizar aportes al sistema de seguridad social, y otra, la condición de empleado público que se obtiene de manera exclusiva con el acto de nombramiento y posterior posesión; a partir de lo cual, pudo constatar la Sala que al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es el 27 de junio de 2003, la demandante no tenía vínculo vigente como docente, y por ende no podía regirse por la norma anterior, tal como recientemente fue concluido por esta Sala⁶.

De acuerdo a ello, se concluye que la actora no logró demostrar su vinculación como docente con anterioridad a lo establecido en la Ley 812 de 2003, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, entre éstas la Ley 772 de 2002 en relación con riesgos profesionales, que establece en su artículo 10 que el monto de la pensión de invalidez será del 75% del promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, y de esta manera, la Sala confirmará lo decidido en el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar”.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 11 de julio de 2017⁷, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y dispuso su notificación a los Magistrados de la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado y a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar.

Así mismo vinculó en calidad de terceros al Ministerio de Educación Nacional, al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al

⁵ Folios 8 a 22 del expediente.

⁶ Expediente 1734 de 2016, sentencia del 4 de mayo de 2017, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Folio 102 del expediente.



Municipio de Valledupar y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 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.

3.2. Intervención de las autoridades judiciales

3.2.1. La Magistrada Ponente de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante escrito radicado el 21 de julio de 2017⁸, solicitó que se negara la acción de tutela.

Adujo que al analizar los periodos de servicio de la demandante en actividades educativas, pudo establecerse que hasta el 29 de noviembre de 2012, tuvo contratos de prestación de servicios, y que solo a partir del 25 de marzo de 2004 se vinculó en provisionalidad como docente.

Sostuvo que el docente como profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de educación, es un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, que se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y debe tomar posesión de su cargo, conforme con lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del Decreto Ley 2277 de 1979.

Agregó que si bien es cierto que en la sentencia de 20 de marzo de 2013, se le reconoció a la señora Hernández Morales el valor de las prestaciones correspondientes a las labores desarrolladas durante los años 2000 a 2002, luego de declarar la primacía de la realidad sobre las formas con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados en dicho periodo, lo cierto es que dicha decisión no le otorga la condición de servidor público, puesto que el ingreso al servicio oficial es una actividad reglada y solemne, ni le reconoce salarios y prestaciones sociales, porque además, ello se hizo a título de indemnización.

⁸ Folios 114 a 116 del expediente.



3.2.1. El Tribunal Administrativo del Cesar, guardó silencio a pesar de que fue notificado⁹ en debida forma.

3.3. Intervención de los terceros

3.3.1. La Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, con escrito enviado por correo electrónico del 21 de julio de 2017¹⁰, solicitó que se le desvinculara de la presente acción de tutela, por cuanto carece de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto no está desconociendo ni vulnerando ningún derecho fundamental.

3.3.2. El Vicepresidente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Representante Legal de la Fiduprevisora, con escrito del 21 de julio de 2017¹¹, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, por cuanto no transgredió los derechos fundamentales alegados por la actora, pues la presunta vulneración se origina en la providencia cuestionada, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación al confirmar el decisión del Tribunal que negó las pretensiones de la demanda.

4. Fallo impugnado

La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia el 13 de diciembre de 2017¹², por medio de la cual negó la tutela, al considerar que:

“...la afirmación de la autoridad judicial accionada, en el sentido de que el vínculo de los docentes con el Estado es legal y reglamentario, para lo cual debe estar de por medio un acto administrativo de nombramiento y posterior posesión. Por consiguiente, al no demostrarse las circunstancias antes mencionadas, no se estableció la supuesta relación de la demandante como empleada pública.

De hecho, en el proceso ordinario se demostró que el vínculo en los términos explicados anteriormente se concretó el 25 de marzo de 2004, por lo cual, para el 27 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, la accionante no era docente del Estado,

⁹ Folios 105, y 108 del expediente

¹⁰ Folios 117 a 122 del expediente.

¹¹ Folios 123 a 130 del expediente.

¹² Folios 137 a 145 del expediente.



por lo que no era posible aplicar el literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969.

(...)En ese orden de ideas, el régimen pensional aplicable a la demandante era el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 772 de 2002, tal como lo indicó la autoridad judicial accionada”.

5. Impugnación

La parte actora, con escrito del 12 de enero de 2018¹³, impugnó¹⁴ la decisión de primera instancia para que se revocara y en su lugar, se accediera al amparo solicitado.

Adujo que “...es errada la conclusión jurídica a la que arribó la entidad accionada, por cuanto en el caso concreto a la actora se le reconoció judicialmente ‘la existencia de la relación laboral de orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente’ y no una figura indemnizatoria, como lo interpretan las entidades accionadas y el fallo recurrido, reconocimiento que fue acatado por el Departamento del Cesar al cancelar las cotizaciones y aportes a seguridad social a favor de la actora, lo cual valida una vez más la vinculación de la actora con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, desde el 17 de julio de 2000 y no el 25 de marzo de 2014, como erróneamente lo indicó la providencia atacada”.

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 del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestión previa

Previo a resolver el fondo del asunto, observa la Sala que la **La Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional**, solicitó que se le desvinculara de la presente acción de tutela, por cuanto carece de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto no está

¹³ Folio 155 a 157 del expediente.

¹⁴ El fallo del 13 de diciembre de 2017, fue notificado a la parte actora por correo electrónico el 15 de enero de 2018, y la impugnación se presentó el 12 de enero de 2018, es decir en término, folios 146 y 152 del expediente.



desconociendo ni vulnerando ningún derecho fundamental, al respecto se advierte que ésta no procede teniendo en cuenta que su vinculación al proceso se hizo como un tercero con interés en el resultado de éste y no como entidad accionada.

3. Problema jurídico

Corresponde determinar si se confirma, modifica o revoca el fallo del 13 de diciembre 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 y fáctico, alegados por la actora al proferir la sentencia del 13 de diciembre de 2017?

4. 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.

4.1. 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 2012¹⁵ **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 adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁶, por lo que procedió a unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra

¹⁵ 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



providencias judiciales¹⁷, **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 2014¹⁸, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹⁹ 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.

4.2. Generalidades del defecto sustantivo

La Corte Constitucional²⁰, 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”*²¹.

¹⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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

¹⁹ 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.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

²¹ 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 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras



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 impertinente²² o porque ha sido derogada²³, es inexistente²⁴, inexecutable²⁵ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador²⁶.
- b) No se hace una interpretación razonable de la norma²⁷.
- c) La disposición aplicada es regresiva²⁸ o contraria a la Constitución²⁹.
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición³⁰.
- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma³¹.
- 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.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁷ 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

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-807 del 26 de agosto de 2004. M.P. Clara Inés Vargas



4.3. Del defecto fáctico

Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015³² 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 las 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	<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</p>

³² 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>para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</p>	<p>punto, se requiere que de forma específica, se concrete en 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 procesoc) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisiónd) 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 juezb) 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.

4.4. Análisis del caso concreto

En el *sub judice*, la parte actora demandó en acción de tutela al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, al considerar que la providencia del 11 de mayo de 2017, incurrió en defecto sustantivo, en cuanto hubo una indebida aplicación de la norma al momento de determinar el régimen pensional a la demandante como docente.

Adujo que no se tuvo en cuenta que su vinculación como docente ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tanto la norma a seguir era el literal a del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, no obstante, el IBL fue determinado con base en el artículo 46 del Decreto 692 de 1994, que vulnera los derechos fundamentales invocados.

Revisada la providencia cuestionada, se advierte que lo pretendido por la actora era que se le reliquidara su pensión de invalidez, con aplicación de la tasa de reemplazo del 75% del último salario devengado, conforme al literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de



1969, para lo cual debía incluirse los tiempos de servicios prestados del 2000 al 2002, que a juicio de la demandante, fueron otorgados el 20 de marzo de 2003, mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, que declaró la existencia del contrato realidad por la prestación de servicios como docente en esos periodos.

Con fundamento en lo anterior, la autoridad judicial señaló que tratándose de pensión de invalidez a favor de un docente oficial, era necesario verificar el momento de su vinculación al servicio, en aras de establecer el régimen pensional que le correspondía.

Luego de analizar la historia laboral de la señora Hernández concluyó que la vinculación se dio el 25 de marzo de 2004, es decir, después de la entrada en vigencia de la Ley 812 del 27 de junio de 2003, razón por la que el régimen que le correspondía en cuanto a riesgos profesionales es el contenido en la Ley 776 de 2002.

Se explicó que si bien a la actora se le reconoció en la sentencia del 20 de marzo de 2003, la existencia del contrato realidad y por ende se ordenó el pago de las prestaciones correspondientes a las labores desarrolladas durante los años 2000 a 2002, lo cierto es que en esa decisión no se le otorgó la condición de servidora pública.

Esta postura encuentra sustento en la sentencia del 18 de noviembre de 2003, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo³³, que determinó en relación con el contrato realidad que **“...1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. 3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales. Igualmente la mencionada situación del empleado**

³³ Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 18 de noviembre de 2003, expediente No. 1999-00039-01 (IJ-0039)



público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas”.

En este orden, se evidencia que el vínculo contractual procedente de la declaratoria de una relación laboral, no tiene la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, a pesar de que genera un trato similar al de un empleado público que ejerza las mismas funciones³⁴.

Así, se advierte que la autoridad judicial accionada hizo un estudio juicioso en el que encontró que contrario a lo afirmado por la señora Hernández Morales, el periodo reconocido como contrato realidad del 2000 a 2002 no reúne las condiciones de vinculación de los docentes con el Estado, por ende, al no acreditar su condición de servidora pública, el tiempo laborado no podía tenerse en cuenta para la aplicación de la Ley 812 de 2003, que contiene el régimen prestacional de docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que estuvieran vinculados al servicio público educativo oficial, por tanto no era posible aplicar el literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, sino las Leyes 100 de 1993, 772 de 2002 y las demás normas complementarias, como en efecto lo señaló la autoridad judicial cuestionada.

En consecuencia, 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**, se advierte que en el escrito de tutela, a pesar de que la accionante señaló la concurrencia de este, resulta

³⁴ Ver entre otras las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 15 de junio de 2017, expediente No. 76001-23-31-000-2012-00334-01(3769-15); 12 de octubre de 2017, expediente No. 52001-23-33-000-2014-00307-01(3445-15); del 28 de septiembre de 2017, expediente No. 76001-23-31-000-2012-00078-01(1356-16);



del caso precisar, que no indicó la prueba que no fue valorada en debida forma, situación que impide al juez constitucional, realizar pronunciamiento alguno al respecto, puesto que debió ser la parte interesada la llamada a individualizar el material probatorio que no fue tenido en cuenta por el juez natural de instancia.

Al alegarse un defecto fáctico, se requiere un mínimo de argumentación, para que con ella el juez constitucional pueda advertir si la decisión judicial cuestionada omitió la valoración de alguna prueba en particular. De no ser esto así, se configuraría una trasgresión a las garantías procesales de defensa y contradicción, puesto que la parte demandada, al no saber los cargos puntuales por los cuales se le acusa, la misma no podrá controvertir concretamente lo que se le imputa.

En ese orden de ideas, la omisión en la precisión del cargo, hacen impróspero el mismo, más aun cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, cuya procedencia se hace más estricta, puesto que requiere del cumplimiento de ciertos requisitos que la propia jurisprudencia ha fijado.

Así las cosas, el juez constitucional no puede entrar a buscar las deficiencias en las que incurre una providencia, si en principio no se le pone de manifiesto al funcionario judicial, las razones y motivos por los cuales se considera tal situación.

Por lo anterior, la Sala concluye que el cargo fáctico alegado, no resulta procedente.

En consecuencia, la Sala encuentra razones suficientes para confirmar el fallo proferido por la Sección Cuarta 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 13 de diciembre de 2017, por la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la



solicitud de amparo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de desvinculación del proceso propuesta por el Ministerio de Educación Nacional.

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

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

