

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2017-02918-01

Accionante: CONSUELO AMPARO PINILLA GUEVARA

**Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN
SEGUNDA - SUBSECCIÓN "C"**

Asunto: Fallo de segunda instancia- Tutela contra providencia judicial

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por la accionante contra la sentencia de 13 de diciembre de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

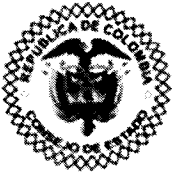
I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El 2 de noviembre de 2017¹, actuando a través de apoderado, la señora Consuelo Amparo Pinilla Guevara ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda-Subsección "C", para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso y seguridad social, que consideró vulnerados con ocasión de la decisión de segunda instancia de 5 de abril de 2017² -en particular lo resuelto en el literal ii) de la parte resolutive-, mediante la cual se dispuso que los descuentos de factores sobre los que no se haya cotizado, debe serlo durante toda la vida laboral en que los haya recibido, dictada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra la UGPP, radicado No. 11001-33-35-027-2013-00719-01.

¹ Ver fl.1.

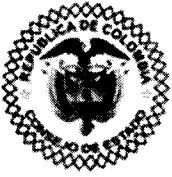
² El original del fallo del Tribunal obra a fls. 239-268 del expediente que contiene el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Notificado el 2 de mayo de 2017 por correo electrónico (fl.272 *idem*).



1.2. Hechos

La actora sustentó la solicitud de amparo en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- La accionante prestó sus servicios como Profesional Universitario en el Instituto Nacional de Salud de Bogotá por más de 20 años. Para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad.
- CAJANAL, por medio de la resolución N°. PAP 020092 del 20 de octubre de 2010, reconoció a la señora Pinilla Guevara pensión de jubilación. La prestación se reliquidó mediante la resolución N°. UGM 010036 del 26 de septiembre de 2011, a partir del 3 de enero de 2011. Sin embargo, no incluyó en la liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.
- Mediante escrito radicado el 27 de septiembre de 2012, la actora solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión, petición que se negó mediante la Resolución N°. RDP 021150 de 27 de diciembre de 2012. Contra ese acto administrativo se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto en forma desfavorable para la peticionaria mediante Resolución N°. RDP 012178 del 13 de marzo de 2013.
- Inconforme con lo anterior, la accionante promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la UGPP para que, en aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se ordenara reliquidar su pensión de jubilación con todos los factores devengados en el último año de servicio.
- En primera instancia, el asunto correspondió al Juzgado 27 Administrativo Oral de Bogotá que, mediante fallo de 22 de abril de 2016, accedió a las súplicas de la demanda y, además, ordenó “realizar los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados en el porcentaje que le corresponda por Ley al accionante y conforme a lo ordenado en la parte motiva”, respecto a esos descuentos, dijo que se hallaban sujetos a la prescripción trienal.



- Ambas partes procesales apelaron la decisión del Juzgado. La UGPP para que se revocara en su integridad; y la aquí tutelante, para que lo fuera parcialmente, en tanto que el Juzgado declaró la prescripción de mesadas a partir de la ejecutoria del fallo de unificación del Consejo de Estado.
- La Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del 5 de abril de 2017, confirmó parcialmente la decisión del Juzgado, modificándola en el sentido de precisar lo siguiente:

“i) La reliquidación de la pensión de la señora Consuelo Amparo Pinilla Guevara, procede con efectos fiscales a partir del 3 de enero de 2011.

*ii) **La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social –UGPP, debe realizar los correspondientes descuentos indexados por concepto de aportes al sistema de seguridad pensional, sobre los factores que no cotizó y que le corresponden a la parte actora por disposición legal, durante toda su relación laboral,** de conformidad con la orientación impartida por el H. Consejo de Estado, con el fin de dar estricto cumplimiento a lo señalado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005” (Resaltado y subrayas los hace la actora).*

- En cumplimiento del fallo del Tribunal, la UGPP mediante la Resolución No. RDP 031497 de 4 de agosto de 2017 reliquidó la pensión de la accionante y ordenó descontar de lo que arrojó la reliquidación de la actora la suma de \$24.350.557, por concepto de los factores que se ordenó incluir y sobre los que no se había cotizado.

1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora, la autoridad accionada incurrió en los siguientes defectos:

- **Sustantivo**, sostuvo que al “...decretar los descuentos por aportes de los factores salariales no cotizados por **TODA LA VIDA LABORAL** en la sentencia objeto de la presente acción constitucional, deja sin consideración lo dispuesto en los artículos 712 y 719 del Estatuto Tributario, así como declarar la prescripción de que trata el artículo 817 de este estatuto, aplicado por algunos jueces y magistrados al momento de fallar (...) significa lo anterior, que transcurridos 5 años a partir de la



fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribe y su pago no puede ser exigido”.

- **Fáctico**, al estimar que no se contaba con acervo probatorio para demostrar si las entidades efectuaron o no los descuentos.
- **Decisión sin motivación**, porque no expuso las razones legales y jurídicas que sustentan su tesis de hacer los descuentos por toda la vida laboral de la accionante.
- **Desconocimiento de precedente**, afirmó que la autoridad judicial accionada *“...se aparta del término prescriptivo de tres (3) años, que hablan los postulados señalados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994; SU-480 de 1997; C-577 de 1997; T-569 de 1999; C-821 de 2001; C-867 de 2001; C-791 de 2002; C-1010 de 2003; C-655 de 2003; C-155 de 2004; C-721 de 2004; C-824 de 2004; C-1002 de 2004; y C-895 de 2009, entre otras y Consejos (sic) de Estados (sic), Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996; 1480 del 8 de mayo de 2003; 1901 del 17 de Expediente (sic) 2016-163, 2016-171, 2016-187, 2016-279; 2016-174, 2016-189, 2016-196 y 2016-225-00. La honorable Corte Constitucional también se ha pronunciado respecto de los aportes pensionales en las sentencias C-177 de 1998 y C-711 de 2001, normas de obligatorio acatamiento, que definió las obligaciones del pago de aportes en pensionales, como de naturaleza parafiscal”.*

Asimismo, no tuvo en cuenta el concepto de la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2014³, donde se dijo que operaba la prescripción de tres años para los descuentos de aportes no efectuados.

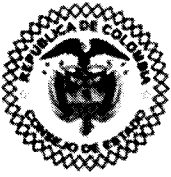
1.4. Pretensiones

Presentó las siguientes:

“1. AMPARAR los derechos al MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD SOCIAL de la señora CONSUELO AMPARO PINILLA GUEVARA.

2. ORDENAR al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-SECCIÓN SEGUNDA-Subsección “C”, se modifique, aclare o adicione, numeral segundo, literal ii) de la parte resolutive de la providencia de la

³ Radicación 11001-03-06-000-2014-00057-00.



providencia proferida el 05 de Abril de 2017, donde se indicó que debe realizar los correspondientes descuentos indexados por concepto de aportes al sistema de seguridad pensional, sobre los factores que no cotizó y que le corresponden a la parte actora por disposición legal durante toda su relación laboral, y en consecuencia se ordene tales descuentos conforme a los dispuesto en los artículos 712, 719 y 817 del Estatuto Tributario o conforme la prescripción de los 3 años que indicó el Consejo de Estado (sic) a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, según la posición que acoja el presente despacho.

3. Las demás que este Honorable Despacho considere para proteger los derechos aquí tutelados”.

1.5. Trámite

Con providencia de 4 de noviembre de 2017⁴, la Sección Cuarta admitió la solicitud de amparo y ordenó notificar como tutelados a los Magistrados que integran la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de que contestaran la solicitud de amparo y allegaran los documentos que pretendieran hacer valer como pruebas.

Igualmente, por tener interés en el resultado del presente trámite constitucional, decidió comunicar a la UGPP y al Juzgado 27 Administrativo Oral de Bogotá, como terceros interesados en el resultado del trámite constitucional.

1.6. Contestaciones

Remitidos los oficios correspondientes, intervinieron las siguientes autoridades:

1.6.1. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, por cuanto en el presente caso no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos para amparar los derechos fundamentales invocados.

⁴ Folio 70.



Adujo que no es procedente lo pretendido por la parte actora, pues la orden de realizar los descuentos está soportada en jurisprudencia del Consejo de Estado y el principio de la sostenibilidad fiscal y del Sistema General de Seguridad Social.

Precisó que no se puede a través de la acción de tutela, invocar la vulneración de derechos fundamentales, para solicitar la revisión de las decisiones adoptadas por el juez natural, pues ello conllevaría a que esta acción constitucional se convierta en una tercera instancia del trámite ordinario.

1.6.2. Pese a haber sido notificados en debida forma, la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado 27 Administrativo Oral de Bogotá guardaron silencio.

1.7. Fallo de primera instancia

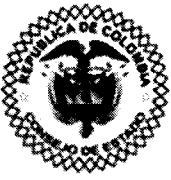
En sentencia de 13 de diciembre de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

Al respecto, consideró que, contrario a lo que afirma la tutelante, no existe precedente donde se haya dicho que sobre los descuentos de factores sobre los que no se hubiera cotizado, opera la prescripción trienal, o la del artículo 817 del E.T.

Reiteró la posición expuesta en fallo de tutela del 8 de octubre de 2015⁵, en el que se decidió un asunto de iguales al presente, en donde dicha Sección indicó:

*“No puede entenderse que existe un desconocimiento en relación con dicha providencia [haciendo referencia al fallo del 4 de agosto de 2010], por cuanto la inconformidad de la accionante no está en la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, sino en los **descuentos de aportes para pensión sobre los factores respecto de los cuales no se hubiera efectuado dicha deducción durante toda la relación laboral, en el porcentaje que corresponde a la parte actora.**”*

⁵ Radicación 11001-03-15-000-2015-02087-00, CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Actor: María Antonieta Ramos Jiménez. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”.



3.3. De esta forma, revisada la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación⁶ sobre el tema, advierte esta sección que allí se destaca no solo la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, sino también los descuentos por aportes que deben hacerse cuando estos no se hubieren efectuado.

Esto va no solo acorde con la dinámica de las prestaciones por aportes que consiste en que el beneficiario de la prestación va de algún modo subsidiando lo que en futuro percibirá de manera vitalicia, sino también guarda armonía con las políticas fiscales y de sostenibilidad del sistema que así lo consagran”.(Subrayó la Sección Cuarta).

Finalmente, indicó que en el mentado proveído, esa Sección advirtió:

“(…) al profesional del derecho que representa los intereses de la accionante, que planteamientos como los expuestos en el escrito de tutela, en los que a sabiendas de un criterio jurisprudencial de unificación insisten en buscar darle alcances de manera fraccionada o distinta, va en contra de los principios que deben observar los apoderados al momento de asesorar a sus poderdantes, y son contrarios a los deberes de lealtad y buena fe que debe ilustrar sus actuaciones”.

1.8. Impugnación

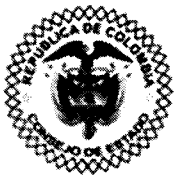
Inconforme con la decisión de primera instancia, el actor la impugnó reiteró los argumentos y fundamentos expuestos en primera instancia y aludió en cuanto a la advertencia que se replicó en el fallo de tutela impugnado que *“la acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública tal como se evidenció en el fallo de segunda instancia tutelado, razón por la cual se acude a la presente acción como posible amparo de los derechos vulnerados”.*

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. 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 previsto por el Decreto

⁶ Cita de cita: “Sentencia del 4 de agosto de 2010. Ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Exp. No. 2006-7509-01 (0112-09)”.



Ley 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se procede a **confirmar, modificar** o **revocar** la providencia del 13 de diciembre de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado en la acción de tutela presentada por la señora Consuelo Amparo Pinilla Guevara, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y; **ii)** el caso en concreto.

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁷, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por 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 2012⁸ **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 tema⁹.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.



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 judiciales¹⁰.

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.**”¹¹ (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.

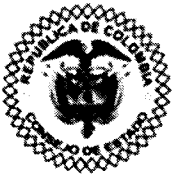
Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹², la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



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.

A partir de esa decisión, se dejó claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actora tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

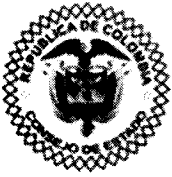
En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹³ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección 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 decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá 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 principalmente: 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.

¹³ 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.

2.3.1. Generalidades del defecto sustantivo

La Corte Constitucional¹⁴, 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 contrarie los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica*”¹⁵.

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 impertinente¹⁶ o porque ha sido derogada¹⁷, es inexistente¹⁸, inexecutable¹⁹ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador²⁰.
- b) No se hace una interpretación razonable de la norma²¹.
- c) La disposición aplicada es regresiva²² o contraria a la Constitución²³.
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición²⁴.
- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma²⁵.

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

15 Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda 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

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

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

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

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

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

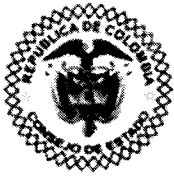
21 Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

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

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

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

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



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.

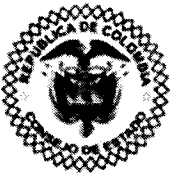
2.3.2. Del defecto fáctico

Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015²⁶ 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>

²⁶ 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>a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó</p> <p>b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal</p> <p>c) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.</p> <p>d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.</p>
<p>Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</p>	<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 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> <p>a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez.</p> <p>b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso</p> <p>c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión</p> <p>d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.</p>
<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> <p>a) La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez</p> <p>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> <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</p>

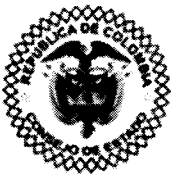


	<p>instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p> <p>c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado</p>
<p>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación 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.



2.3.3. 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.*”²⁷

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, 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 2015²⁸ 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.*”

²⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado



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 2015²⁹ 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:

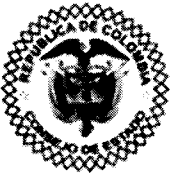
“...la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado 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 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 270³⁰ y 271 de la Ley 1437 de 2011³¹, en virtud de los cuales se unificó el concepto de sentencia de unificación y se fijaron los criterios para su proferimiento.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-288 del 14 de mayo de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo

³⁰ 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”.**

³¹ **“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”.**



2.4. Caso concreto

En el sub iudice, la parte actora aduce la existencia de los siguientes defectos:

Sustantivo, toda vez que al decretarse los descuentos por aportes de los factores salariales no cotizados “...por *TODA LA VIDA LABORAL*” deja sin fundamento los artículos 712 y 719 del Estatuto Tributario, así como declarar la prescripción prevista en el artículo 817 *ejusdem*.

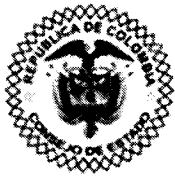
Al respecto, esta Sección advierte que la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado³², frente al periodo durante el cual debe efectuarse los descuentos para aportes de seguridad social en pensiones dejados de cotizar por la administración y que fueron ordenados incluir en la pensión, ha sostenido que “...en cuanto al período durante el cual debe efectuarse dichos descuentos no hay pronunciamiento de unificación al respecto; por lo tanto, las autoridades judiciales, en virtud de la libertad de interpretación y autonomía del juez, pueden adoptar la posición que consideren es la correcta.”

Ante la diferencia de criterios de esta Corporación, el Tribunal accionado adoptó su decisión con una de las posturas que puede asumirse sobre el tema en cuestión, esto es, la de aplicar los descuentos de los aportes a la seguridad social durante el tiempo que los percibió.

Así las cosas, no es cierto como lo afirma la parte actora que la autoridad judicial accionada con su decisión causó un perjuicio grave a los intereses económicos al usar el término “*por todo el tiempo de vinculación laboral*”, pues como se explicó dicha orden hace relación a todo el tiempo del vínculo laboral en el cual la accionante hubiese devengado los factores que van a incluirse en el cálculo pensional, esto es, de conformidad con una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión y la cual consideró era la correcta.

Por consiguiente, la interpretación efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en ningún momento es arbitraria, caprichosa o desconoció la posición de esta Corporación.

³² Sentencias de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 3 de agosto de 2017, radicación No. 11001-03-15-000-2017-01534-00, y del 13 de diciembre de 2017, radicación número 11001-03-15-000-2017-03092-00, C.P. William Hernández Gómez;



En relación con el **defecto fáctico**, consistente en que el Tribunal al modificar la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia, lo hizo sin contar con acervo probatorio para demostrar si las entidades efectuaron o no los descuentos, no es cierto, en la medida en que lo que se ordenó fue que de aquellos factores salariales reconocidos y de los cuáles no se cotizó, la administración debía proceder a hacer los descuentos correspondientes, por tanto no se requería de ninguna prueba adicional para hacerlo.

En este orden los planteamientos del actor no tienen sustento alguno, por lo que el cargo no prospera.

Del **Desconocimiento de precedente**, indica la parte actora que las providencias cuestionadas se apartaron del término prescriptivo de tres (3) años, para lo cual cita las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

✓ C-308 de 1994, Demanda de inconstitucionalidad contra las siguientes disposiciones: literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; artículo 1 Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 Y 3, 265 numeral a 2, 266 numerales 1 Y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993.

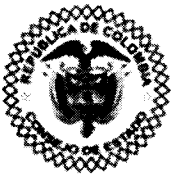
✓ *SU-480 de 1997* Temas: El derecho a la vida y a la salud; sistema general de seguridad social en salud (preexistencias, medicamentos, EPS); equilibrio financiero entre las prestaciones de la seguridad social de salud; relaciones médico-paciente-EPS; relación entre el estado y las entidades y personas encargadas de la seguridad social; Ingreso al sistema parafiscalidad de las contribuciones al sistema de salud.

✓ C-577 de 1997, no se encontró.

✓ C-821 de 2001, no se encontró, solo aparece la sentencia T-821/01, relativa al derecho a la salud del niño.

✓ C-867 de 2001, referida a la Ley de intervención económica.

✓ C-791 de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 parcial de la Ley 715 de 2001, *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos*



151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para garantizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

✓ C-1010 de 2003, no se encontró.

✓ C-655 de 2003; referida a seguridad social - promoción del bienestar común; plan obligatorio de salud - recursos tienen carácter parafiscal; control fiscal - función pública/control fiscal -objeto y entidad sobre la cual recae; tarifa de control fiscal - no existe vulneración del legislador por excluir de su pago a EPS y caja de compensación familiar.

✓ C-155 de 2004; entidad intervenida - bienes excluidos de la masa de liquidación/entidad objeto de liquidación forzosa administrativa - bienes excluidos de la masa de liquidación; recursos de la seguridad social en entidad financiera en liquidación -tratamiento/recursos de la seguridad social - destinación y utilización exclusiva; recursos en sistema de seguridad social en salud y pensiones - carácter de contribuciones parafiscales de destinación específica.

✓ C-721 de 2004; contrato de depósito en cuenta corriente bancaria - facultades del cuentacorrentista / depósito en cuenta de ahorros / cuenta corriente y depósito en cuenta de ahorros-constitución; mesada pensional en cuenta corriente o cuenta de ahorro - débito sólo por el titular mediante presentación personal o autorización especial; pensionado - medidas tendientes a mejorar la condiciones de vida;

✓ C-824 de 2004 seguridad social en salud - derecho de carácter prestacional / seguridad social en salud – objetivo; seguridad social – servicio público de carácter obligatorio; seguridad social – destinación y uso de los recursos/instituciones de la seguridad social – recursos no se pueden destinar y utilizar para fines diferentes a ella; Sistema general de seguridad social en salud – recursos son parafiscales; contribución parafiscal – definición.

✓ C-1002 de 2004 Régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad - agotamiento de los mismos trámites en la determinación del estado de invalidez; junta de calificación de invalidez – funciones.



✓ C-895 de 2009, prescripción de la acción de cobro de cuotas partes pensionales – no vulnera la constitución/ prescripción del derecho al recobro de cuotas partes pensionales-término; recursos de la seguridad social – carácter parafiscal y destinación específica; prescripción extintiva-concepto/prescripción extintiva – principios en que se sustenta / prescripción extintiva – obligaciones derivadas del trabajo y la seguridad social.

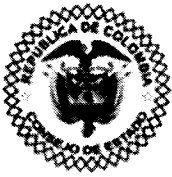
Se tiene que de las sentencias citadas sólo la C-895 de 2009, la Corte Constitucional estudió la naturaleza de las cuotas partes pensionales para concluir que son un importante soporte financiero para la seguridad social en pensionales, y representan un esquema de concurrencia para el pago de las mesadas pensionales. Por tanto, se colige que la citada providencia no es un precedente aplicable, por cuanto no tiene similitud fáctica ni jurídica con su situación particular.

Por otra parte, respecto de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil citados por el actor, cabe resaltar, no son vinculantes, porque no son dictados en ejercicio de la función judicial y tampoco contienen la voluntad de la administración o la manifestación de alguna función administrativa.

Por último, en cuanto al argumento de decisión sin motivación, se observa que en realidad este cargo, es una reiteración de los defectos sustantivo y fáctico alegados, que ya fueron estudiados en precedencia; además no refiere que el Tribunal haya proferido su decisión sin señalar los motivos de su sentido.³³

Así las cosas, teniendo en cuenta las apreciaciones realizadas, se hace imperioso concluir que de las razones alegadas por la actora en su escrito de tutela, no se advierte vulneración alguna a sus derechos fundamentales, sino que las mismas, aunque carentes de sustento, pretenderían abrir un debate jurídico surtido en las instancias respectivas, circunstancia que escapa al conocimiento del juez constitucional, pues debe respetar la autonomía del natural al resolver los asuntos que se someten a su conocimiento, razón por la que el cargo resulta impróspero.

³³ En este mismo sentido, en un caso con similares supuestos fácticos al presente, está Sección expuso las mismas consideraciones, sentencia de 1º de marzo de 2018, radicación número: 11001-03-15-000-2018-00045-00, C.P. Rocio Araujo Oñate, Actora: Alejandría Ramírez Arias, demandados: Tribunal Administrativo de Antioquia y otro.



En consecuencia, esta Sala mantiene el criterio reiterado respecto de la actividad intelectual que realiza el juzgador que parte de la autonomía e independencia de la que goza en la definición de sus procesos y que el juez de tutela debe respetar, cuando no observa la vulneración de derechos fundamentales.

En efecto, lo pretendido por la accionante no es otra cosa que reabrir el debate de instancia y revivir interpretaciones que son propias del juez natural; competencias que escapan al de tutela, por cuanto este último no puede establecer si existe un mejor criterio que el utilizado por el juzgador de instancia.

De no ser así las cosas, se desconocería el principio de autonomía judicial y la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo residual y de procedencia excepcional cuando se intenta contra providencias judiciales, para convertirse en instancia adicional de control frente a las decisiones tomadas por los jueces.

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión de 13 de diciembre de 2017, de la Sección Cuarta, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para conceder el amparo, pero por las razones expuestas en esta providencia.

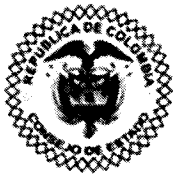
III. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de diciembre de 2017, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, que negó la acción de tutela, pero por las razones expuestas en esta providencia.

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



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

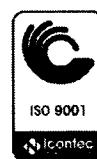
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

