**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación:** 11001-03-15-000-2021-00356-00

**Demandante:** DOLLY ROMERO DE CABRERA

**Demandado:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA Y OTRO

**Referencia:** SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por la señora Dolly Romero de Cabrera contra el Tribunal Administrativo del Huila y el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva.

**I. A N T E C E D E N T E S**

1. **Demanda**

**1.1. Pretensiones**

El 27 de enero de 2021, la señora Dolly Romero de Cabrera, por conducto de apodero judicial, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Huila y el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, porque consideró vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social[[1]](#footnote-1).. Formuló las siguientes pretensiones:

1. *Sírvase dejar sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Neiva de fecha 27 de octubre de 2015, y la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Oralidad, de fecha 25 de agosto de 2020.*
2. *Sírvase tutela el derecho fundamental al trabajo, a la seguridad social y al principio de favorabilidad que como consecuencia de los fallos tanto de primera, como de segunda instancia, resultan siendo violados y afectando a mi mandante.*
3. *En consecuencia, ordénese a la UGPP mantener incólume la Resolución No. 004050 del 21 de marzo de 2000, por encontrarse dicho acto administrativo ajustado a derecho.*
4. *Sírvase ordenar la inclusión en nómina de pensionados de mi mandante con la Resolución No. 004050 del 21 de marzo de 2000.*
5. *Sírvase ordenar a la UGPP para que se le paguen a mi mandante las diferencias de mesadas pensionales entre lo ordenado en la resolución 004050 del 21 de marzo de 2000 y la resolución 8557 del 05 de marzo de 1993, desde cuando se le desincorporó de la nómina con la primera resolución mencionada y hasta cuando sea reincorporada con la misma.*

**1.2. Hechos**

Los supuestos fácticos de la solicitud de amparo se resumen así:

La señora Dolly Romero de Cabrera adquirió el derecho a la pensión gracia el 5 de noviembre de 1989. A través de la Resolución 8557 del 5 de marzo de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal, le reconoció el derecho a la pensión gracia, prestación que liquidó con base en el 75% del salario promedio a los 12 meses anteriores a la fecha de adquisición del estatus de pensionada. Indicó que siguió trabajando hasta la fecha de retiro forzoso.

Adujo que solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación gracia, la cual, mediante la Resolución 004050 del 21 de marzo del 2000, fue reliquidada con el 75% del salario promedio devengado en el año anterior a su retiro del servicio.

El 2 de septiembre de 2014, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la Resolución 004050 del 21 de marzo de 2000. Asimismo, solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

El Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, a través de auto del 30 de octubre de 2014, decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución demandada y, mediante sentencia del 27 de octubre de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación. En criterio de la señora Romero de Cabrera, en el fallo de primera instancia «*no se estudió el argumento de la parte demandada que estaba encaminado a que se diera aplicación al principio de favorabilidad; con este vacío se violó el principio de congruencia*». El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia del 25 de agosto de 2020, confirmó el fallo de primera instancia.

* 1. **Argumentos de la tutela**

Según la parte demandante, las autoridades judiciales accionadas incurrieron en los siguientes defectos:

1. Defecto fáctico por inadecuada valoración probatoria de los certificados de tiempo de servicios prestados por la señora Romero de Cabrera y del Decreto 073 del 15 de julio de 1999. A su juicio, «*de haber sido estudiados en debida forma, se hubiera podido llegar a la conclusión de que, tal como lo sostuvo la parte demandada, el último año de servicio prestado es el que corre entre las fechas 1 de julio de 1998 y 31 de julio de 1999*».
2. Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 4 de la Ley 4ª de 1966 y del artículo 5 del Decreto 1743 de 1966, porque le otorgaron «*un alcance que dichas normas no tienen, al deducir que por “último año” debía entenderse el contado retroactivamente desde la consolidación de su status, cuando lo cierto es que el último año de servicio siempre se contabilizará a partir del retiro definitivo del servicio*».
3. Decisión sin motivación, porque desde el comienzo de las actuaciones en el proceso ordinario alegó que se «*estaba faltando al principio de favorabilidad (…) y este cargo propuesto no mereció siquiera estudio ni pronunciamiento alguno por parte de la jurisdicción, por lo cual las decisiones no hicieron mención alguna al artículo 53 constitucional y en consecuencia por no haber entrado a estudiar dicho cargo, los fallos de primera y segunda instancia carecieron de motivación*».
4. Desconocimiento del precedente, porque las autoridades demandadas no dieron aplicación a las sentencias del 15 de noviembre de 1983, exp. 5705, ydel 21 de septiembre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, exp. 1692, según las cuales la reliquidación de la pensión de jubilación gracia por retiro definitivo del servicio sí es procedente. Al respecto, indicó que «*en la jurisdicción contencioso administrativa han existido dos interpretaciones sobre los alcances del artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1743 de 1966 (…) la jurisdicción debió analizar tal situación, según la cual, existiendo dos interpretaciones y aplicando el principio pro - laboratore, acogido en el artículo 53 constitucional (…) las pretensiones de la demanda debieron ser despachadas favorablemente y en consecuencia mantener incólume el acto demandado*».
5. Violación directa de la Constitución por vulneración al principio de congruencia y del debido proceso, dado que las autoridades judiciales demandadas no se pronunciaron sobre la aplicación del principio de favorabilidad que rige en materia pensional.

**2. Trámite impartido e intervenciones**

**2.1.** Mediante auto del 5 de febrero de 2021, se admitió la presente acción de tutela y se ordenó que aquel se notificara a los magistrados del Tribunal Administrativo del Huila y al juez segundo administrativo de Neiva, en calidad de parte demandada, y al director de la UGPP, como tercero con interés, con el propósito de que rindieran informe. Asimismo, se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**2.2.** La UGPP solicitó que se declarara improcedente la solicitud de amparo, porque lo pretendido por la accionante es utilizar este mecanismo como una tercera instancia.

**2.3.** El Tribunal Administrativo del Huila, el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio, a pesar de haber sido notificados del auto admisorio de la demanda.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

1. **La acción de tutela contra providencias judiciales**

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 o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales; sin embargo, a partir del año 2012[[2]](#footnote-2), aceptó su procedencia, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, esto es, cuando la misma viole flagrantemente algún derecho fundamental.

Con todo, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones que allí se adoptan y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005.

Según la Corte, los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; (ii) que el accionante hubiera utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); (iii) que la acción se hubiera interpuesto en un término prudencial (inmediatez); (iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional y (v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En relación con este último requisito general, cabe anotar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-627 de 2015, estableció que la acción de tutela contra decisiones proferidas en sede de tutela procede en dos eventos excepcionales.

El primero de ellos se presenta cuando la solicitud de amparo está dirigida contra actuaciones del proceso ocurridas antes de la sentencia, consistentes, por ejemplo, en la omisión del deber del juez de informar, notificar o vincular a terceros que podrían verse afectados con la decisión. El segundo, por su parte, acaece cuando con la acción de tutela se busca proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

*a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*

*b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*

*c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*

*d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*

*e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*

*f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*

*g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*

*h. Violación directa de la Constitución.*

Conviene decir, además, que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. Para el efecto, no basta con manifestar inconformidad o desacuerdo con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que es necesario que el interesado demuestre que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De lo contrario, la tutela carecería de relevancia constitucional.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Por último, cabe anotar que, en recientes pronunciamientos[[3]](#footnote-3), la Corte Constitucional ha restringido aún más la posibilidad de cuestionar, por vía de tutela, las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En ese sentido, la Corte señaló que, además del cumplimiento de los requisitos generales y la configuración de una de las causales específicas antes mencionados, la acción de tutela contra providencias proferidas por los denominados órganos de cierre, «*sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional»*.

**2. Problema jurídico**

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si la solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de la tutela contra providencia judicial, particularmente, el de subsidiariedad. De ser así, deberá abordarse el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer si se configuraron o no los defectos invocados por la señora Dolly Romero de Cabrera, en las sentencias del 27 de octubre de 2015 y del 25 de agosto de 2020, proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva y por el Tribunal Administrativo del Huila, respectivamente.

**3. Análisis de la Sala**

**3.1. De la subsidiariedad**[[4]](#footnote-4)

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. En todo caso, la otra vía de protección debe ser idónea y eficaz para satisfacer el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de concurrir, concederá el amparo impetrado.

La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley determinan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

No en vano los artículos 86[[5]](#footnote-5) de la Constitución Política y el 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991[[6]](#footnote-6) prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que el amparo sólo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos ordinarios de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó[[7]](#footnote-7):

*La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales*.

Entonces, para que el juez estudie una solicitud de tutela, el interesado debe, por lo menos, probar que agotó los recursos que tenía a su disposición, pues, de lo contrario, la tutela deviene improcedente.

Ahora bien, en punto de la noción de perjuicio irremediable, es claro que este se puede definir como un riesgo cierto y real de daños provenientes de la amenaza o violación de derechos fundamentales, riesgo que de llegar a producirse no tendría ninguna forma de reparación auténtica, esto es, diferente a la mera indemnización del perjuicio. Por ende, es necesaria la intervención urgente e inmediata del juez de tutela, pero siempre que ese menoscabo se note sin justificación, es decir, que provenga de acciones manifiestamente contrarias a la ley, al punto de ser atentados a los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha trazado una serie de criterios para identificar el perjuicio irremediable, así[[8]](#footnote-8): «*es aquel (i) que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iv) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales».*

En este caso, la Sala declarará improcedente la tutela, en relación con los defectos de *(i)* decisión sin motivación y *(ii)* violación directa de la Constitución, en los que, en términos generales, se manifestó que, aun cuando existen dos posiciones jurisprudenciales sobre la interpretación que se le debe dar al artículo 4 de la Ley 4 de 1966, «*se dejó de estudiar también que en el caso concreto debía darse aplicación al principio de favorabilidad y al de la condición más beneficiosa*», porque la parte demandante contaba con otro mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger eficazmente sus derechos fundamentales: la adición de la sentencia.

En efecto, para la Sala, si el Tribunal Administrativo del Huila omitió pronunciarse frente a uno de los cargos propuestos en el recurso de apelación, cual es la aplicación al caso de la actora del principio de favorabilidad que rige en materia pensional, lo propio era que la señora Romero de Cabrera pidiera, en el término de ejecutoria, la adición de la sentencia, en los términos del artículo 287 del Código General del Proceso[[9]](#footnote-9).

La adición de la sentencia es, pues, el medio legal eficaz e idóneo, establecido en los estatutos procesales para que las partes le pidan al juez que se pronuncie frente a alguna de las cuestiones que se proponen en la demanda, en la contestación o en el recurso de apelación o frente a los puntos que, por expreso mandato legal, deben definirse en la sentencia.

Revisado el proceso, no se advierte que existan circunstancias especiales que hubiesen impedido a la aquí actora solicitar la adición de la sentencia para que el tribunal demandado resolviera lo que, a su juicio, no fue objeto de decisión. Todo lo contrario, no cabe duda de que desde que se notificó la sentencia de segunda instancia ella pudo advertir que el tribunal no se había pronunciado respecto del argumento del recurso de apelación mencionado y, por ende, ha debido pedir oportunamente que esa omisión se subsanara, mediante el mecanismo de la adición.

La señora Romero de Cabrera, sin embargo, demandante optó por interponer la tutela como si esta acción reemplazara los mecanismos previstos por el legislador para la defensa de los derechos. La tutela, se repite, no procede cuando el interesado deja de ejercer los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha previsto para proteger eficazmente los derechos fundamentales en los procesos ordinarios[[10]](#footnote-10), lo cual, se repite, ocurrió en este caso con los defectos de decisión judicial sin motivación y violación directa de la Constitución.

Con respecto a los demás defectos, la Sala observa que la solicitud de amparo cumple los requisitos generales de procedibilidad[[11]](#footnote-11) y, por tanto, serán analizados de fondo, con la precisión de que, por referirse a argumentos comunes, el defecto sustantivo y del desconocimiento del precedente se estudiarán conjuntamente. Desde luego que también se abordará el defecto fáctico.

**3.2. Del desconocimiento del precedente jurisprudencial**

El Consejo de Estado o cualquier otra autoridad judicial idónea para generar precedentes[[12]](#footnote-12), al resolver un determinado asunto, establece el alcance de una norma o resuelve un problema jurídico específico y el juez, en un caso semejante que se presenta con posterioridad, afronta la situación desconociendo que en dicho pronunciamiento se definió, en principio de manera vinculante, el alcance de la disposición aplicable o se fijó una regla para resolver esa clase de problemas jurídicos. En estos casos, entonces, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del derecho a la igualdad y resguardar la eficacia de otros principios básicos del orden constitucional.

Siguiendo de cerca la jurisprudencia constitucional y su construcción de la teoría de los precedentes[[13]](#footnote-13), se tiene que para identificarlos, es preciso realizar un análisis técnico de la jurisprudencia, en virtud del cual resulta imperativo distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El *decisum* es la parte resolutiva de la sentencia, aquello que se dictamina en el caso concreto y que, dependiendo del tipo de pretensión invocada ante el juez administrativo, tendrá fuerza *erga omnes* o efecto *inter partes[[14]](#footnote-14)*. Por su parte, la *ratio decidendi* «*corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico*»[[15]](#footnote-15) o, en su definición original, a la «*formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial*»[[16]](#footnote-16). Finalmente, el *obiter dictum* será «*lo que se dice de paso*»[[17]](#footnote-17)en la providencia, esto es,«*aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión*»[[18]](#footnote-18).

Teniendo en cuenta que el *decisum* de una sentencia puede tener efectos *erga omnes* o *inter partes,* según la naturaleza de la pretensión invocada ante el juez, se impone señalar que en aras de salvaguardar principios fundantes de nuestro ordenamiento constitucional como la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, y de amparar derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones la fuerza vinculante de los precedentes judiciales que han resuelto situaciones análogas anteriores[[19]](#footnote-19). Lo anterior, en el sentido antes descrito, conforme al cual «*únicamente se forma precedente a partir de la ratio decidendi que resuelve un caso*»[[20]](#footnote-20).

De otra parte, y en lo que tiene que ver con la definición de si la regla invocada como *ratio* controlante del caso a fallar realmente resulta aplicable o no, se tiene que, conforme a las consideraciones de la Corte Constitucional vertidas en la sentencia T-292 de 2006, para determinar si un precedente es relevante o no «*se deben tener en cuenta factores como que: i)* «*En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, ii)La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, iii)Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que* «*cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente*».

En definitiva, para examinar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, por desconocimiento del precedente judicial, se deben observar las siguientes reglas[[21]](#footnote-21):

1. El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció[[22]](#footnote-22).
2. El juez de tutela debe confirmar la existencia del precedente judicial que se habría dejado de aplicar. Esto es, debe identificar si de verdad existe un caso análogo ya decidido.
3. Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar.
4. Si, en efecto, el juez natural dejó de aplicarlo, se debe verificar si existen diferencias entre el precedente y el conflicto que decidió, o si el juez expuso las razones para apartarse del precedente judicial. Si existen diferencias no habrá desconocimiento del precedente judicial. Aunque los casos sean similares, tampoco habrá desconocimiento del precedente si el juez identifica el criterio jurisprudencial supuestamente ignorado y expone las razones para apartarse (principios de transparencia y razón suficiente[[23]](#footnote-23)).
5. El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión (*ratio decidendi*). La razón central de la decisión surge de la valoración que el juez hace de las normas frente a los hechos y el material probatorio en cada caso concreto[[24]](#footnote-24).
6. Si no se acató el precedente judicial la tutela será procedente para la protección del derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la garantía de la confianza legítima.

**3.3. Del defecto sustantivo**

En general, el defecto sustantivo es una forma auténtica de violación directa de la ley (norma), que, a su vez, ocurre por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea.

Por lo general, la falta de aplicación de una norma ocurre cuando el juzgador ignora su existencia o porque, a pesar de que la conoce, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta la existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador examina la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. Ese es un evento típico de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso y no se hizo valer en la parte resolutiva de la sentencia.

La aplicación indebida, por su parte, ocurre cuando el precepto jurídico, que se hace valer, se aplica, a pesar de no ser pertinente para resolver el asunto que es objeto de decisión. Por ejemplo, porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional.

Y, finalmente, la interpretación errónea sucede cuando la norma que se aplica es la que regula el asunto por resolver, pero el juzgador le da un alcance errado y así, la aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido que no le corresponde.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional considera que el defecto sustantivo se presenta cuando[[25]](#footnote-25): (i) la decisión judicial se sustenta en una norma inaplicable al caso concreto; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución y la ley le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido el alcance de la norma; (iii) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y, por ende, inaplicada, o (v) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la que se aplicó.

**3.4. Del defecto fáctico**

El defecto fáctico es aquel vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas, que tiene una incidencia directa en la decisión. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que el defecto fáctico es un error relacionado con asuntos probatorios y, además, reconoce que tiene dos dimensiones: una dimensión negativa y una positiva.

La dimensión negativa se produce por omisiones del juez, como, por ejemplo, (i) ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo.

La dimensión positiva, por su parte, tiene lugar por actuaciones positivas del juez en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia.

**4. Estudio del defecto sustantivo y desconocimiento del precedente en el caso concreto**

En el presente asunto, la parte demandante alegó que las autoridades judiciales demandadas realizaron una interpretación errónea de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y el artículo 5 del Decreto 1743 de 1966 y, además, que se desconoció el precedente fijado por esta Corporación en las sentencias del 15 de noviembre de 1983, exp. 5705, ydel 21 de septiembre de 1988, exp. 1692.

Pues bien, en la sentencia del 25 de agosto de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila se consideró lo siguiente:

*b. Merced al carácter especial de dicha prestación, no son aplicables las disposiciones normativas correspondientes al régimen ordinario (Leyes 33, 62 de 1985 y 71 de 1988); por lo tanto, para su liquidación se debe tener en cuenta todo lo que el docente percibió en el último año de servicios; entendido éste, como el anterior al cumplimiento del estatus (artículo 5 del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966).*

*Al abordar el análisis de un asunto similar, el H. Consejo de Estado precisó que es improcedente reliquidar la pensión gracia por nuevos tiempos de servicio o para incluir factores salariales devengados en el año anterior al retiro. Resaltando que no se puede aplicar el régimen general de pensiones y que el año que se debe tener en cuenta es aquel en el cual se adquiere el derecho, y no cuando se retira del servicio.*

*(…)*

*Como ya se indicará, Cajanal reliquidó la pensión gracia de la demandada a través de la Resolución 4050 del 21 de marzo de 2000, y lo hizo a partir de que ésta se retiró definitivamente del servicio (por nuevos tiempos y factores salariales), y con fundamento en la Ley 33 de 1985 (f. 67 y ss. Cuad. 1.).*

*Tomando como marco de reflexión el anterior y calificado precedente, considera la Sala que la reliquidación efectuada soslayó el régimen especial que gobierna la pensión gracia, al incluir tiempos de servicio y factores salariales causados con posterioridad a la consolidación del estatus; lo cual, hace que el referido acto esté viciado de nulidad, al infringir el marco normativo superior.*

Así las cosas, estima la Sala que no se incurrió en el desconocimiento del precedente del 15 de noviembre de 1983 y del 21 de septiembre de 1988 de esta Corporación, ni en el defecto sustantivo alegado. Por el contrario, las autoridades judiciales demandadas aplicaron la posición actual de la Sección Segunda del Consejo de Estado, bajo el entendido que la pensión gracia debe liquidarse tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios, el cual, a diferencia de las pensiones ordinarias, se refiere al año anterior a la adquisición o consolidación del derecho, pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse, ya que su carácter especial admite su compatibilidad con el salario, de manera que para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio[[26]](#footnote-26).

En este orden de ideas, las providencias cuestionadas estuvieron soportadas en un estudio razonable de la normativa y de la jurisprudencia aplicables al caso concreto, así como de los hechos y las pruebas allegadas al proceso. Argumentos que, a juicio de la Sala, no merecen reproche alguno desde el punto de vista constitucional. El hecho de que la señora Dolly Romero de Cabrera no los comparta, no habilita al juez de tutela para volver a estudiar un asunto que ya fue decidido por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila.

La Sala precisa que la tutela sigue siendo un mecanismo subsidiario y excepcional y, por ende, no puede convertirse en el único y preferido medio de la parte que pierde el pleito u obtiene una decisión contraria a sus intereses.

**5. Estudio del defecto fáctico en el caso concreto**

La parte actora considera que en las providencias cuestionadas se realizó de manera inadecuada la valoración probatoria de los certificados de tiempo de servicios prestados por la señora Romero de Cabrera y del Decreto 073 del 15 de julio de 1999.

Al respecto, la Sala considera que las autoridades judiciales demandadas valoraron adecuadamente las pruebas que obraban en el expediente para concluir que la reliquidación de la pensión de jubilación gracia de la señora Dolly Romero de Cabrera no era procedente, por cuanto, de conformidad con el actual criterio jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación, debía entenderse que el último año del servicio establecido en la Ley 4 de 1966 hace referencia al año anterior a la adquisición del derecho pensional y no a la fecha de retiro definitivo del servicio.

Siendo así, es razonable que el Tribunal Administrativo del Huila y el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva hubieran declarado la nulidad de la Resolución 004050 del 21 de marzo del 2000. Aún más, no se advierte que el análisis probatorio realizado en las providencias objeto de censura sea arbitrario o que resulte contrario al ordenamiento jurídico o carezca de razonabilidad. La discrepancia de los sujetos procesales con la valoración de las pruebas efectuada por las autoridades judiciales no es suficiente para concluir que la decisión acusada viola los derechos fundamentales.

De todos modos, la Sala debe precisar que el juez ordinario goza de un amplio margen para valorar las pruebas del proceso judicial y, por tanto, al juez de tutela no le corresponde definir la correcta valoración del material probatorio, pues la acción de tutela «*no puede constituirse en una instancia para ‘revisar’ las valoraciones probatorias de otros jueces ordinarios*».[[27]](#footnote-27) En definitiva, el simple hecho de que la demandante no comparta las razones esgrimidas por las autoridades judiciales accionadas, no implica que se configuren vicios o defectos que hagan procedente la tutela. Queda, pues, descartada la configuración del defecto fáctico alegado.

**6. Conclusión**

La Sala declarará la improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, en relación con los cargos de: *(i)* decisión sin motivación y; *(ii)* violación directa de la Constitución.

En cuanto al defecto fáctico, el defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente, la Sala negará el amparo solicitado, toda vez que no se encontraron configurados, lo cual descarta de paso la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social alegada por la señora Dolly Romero de Cabrera.

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

**F A L L A:**

**PRIMERO. Declarar** improcedente la tutela presentada por la señora Dolly Romero de Cabrera, en relación con los defectos de decisión judicial sin motivación y violación directa de la Constitución, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. Negar** el amparo solicitado por la parte demandante, respecto de los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

**TERCERO. Notifíquese** la presente decisióna las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

**CUARTO.**  De no ser impugnada la presente providencia, **envíese** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**QUINTO.** Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

 Firmado electrónicamente Firmado electrónicamente

 **MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Firmado electrónicamente

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

1. A juicio de la demandante, los fallos atacados también desconocieron el principio de favorabilidad. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia del 31 de julio de 2012, expediente No. 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. En este acápite, la Sala acoge y reitera las consideraciones de la Sección Cuarta de esta Corporación, expuestas, entre otras, en las siguientes providencias de tutela: (i) sentencia del 1º de junio de 2016 (expediente 2015-03373-00), M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y (ii) sentencia del 1º de junio de 2017 (expediente 2017-00150-00), M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto (e). [↑](#footnote-ref-4)
5. «*Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*(…) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)*”. (se destaca)*.* [↑](#footnote-ref-5)
6. “*Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (…)».*  [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Citando a: Corte Constitucional, sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. «***ARTÍCULO 287. ADICIÓN.****Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad*».

(…) [↑](#footnote-ref-9)
10. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia T-520 de 1992, explicó que la persona que «*no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal*»*.* [↑](#footnote-ref-10)
11. La solicitud de amparo, en relación con los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente, (i) cumple el requisito de inmediatez, porque se instauró dentro de los 6 meses siguientes a la notificación del fallo que puso fin al proceso ordinario; (ii) cumple el requisito de relevancia constitucional, porque trata de la supuesta vulneración de los derechos al trabajo y a la seguridad social, tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela y, además, porque dichos vicios no se invocaron para provocar una instancia adicional; (iii) las sentencias atacadas no se dictaron en otro proceso de tutela. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-534 de 2017 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia T-292 de 2006.

 [↑](#footnote-ref-13)
14. En efecto, de acuerdo con el artículo 189 CPACA. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999 y SU- 1300 de 2001. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional, sentencia SU-1300 de 2001. Ver también entre otras, la sentencia SU-047 de 1999. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006. [↑](#footnote-ref-18)
19. Una completa reconstrucción de esta línea jurisprudencial puede verse en la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional, sentencia T-960 de 2001. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sobre el tema, ver entre otras, la sentencia T-482 de 2011. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho: «*la existencia de un precedente no depende del hecho de que se haya dictado una sentencia en la cual se contenga una regla de derecho que se estime aplicable al caso. Es necesario que se demuestre que efectivamente es aplicable al caso, para lo cual resulta indispensable que se aporten elementos de juicio –se argumente- a partir de las sentencias. Quien alega, tiene el deber de indicar que las sentencias (i) se refieren a situaciones similares y (ii) que la solución jurídica del caso (su ratio decidendi), ha de ser aplicada en el caso objeto de análisis. También podrá demandarse la aplicación del precedente, por vía analógica*» (se destaca). [↑](#footnote-ref-22)
23. En relación con el derecho de apartamiento y los principios de transparencia y razón suficiente, ver, entre otras, las sentencias T-698 de 2004, T-794 de 2011 y T-364 de 2017 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-23)
24. Para la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* es «*la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva*»».Ver, por ejemplo, la sentencia T-443 de 2010. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver sentencias T-804 de 1999, T-522 de 2001, T- 189 de 2005, T-244 de 2007 y T-972 de 2007. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver, entre otras, la sentencia del 9 de agosto de 2018, expediente 2015-01921-01. M.P. César Palomino Cortés; sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 2007-01316-01. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-26)
27. Al respecto, ver: Corte Constitucional sentencia T-086 de 2007. [↑](#footnote-ref-27)