



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / FACTORES SALARIALES PARA CALCULAR EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - Aquellos sobre los cuales se hubieran efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones / PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Aplicación

En el caso bajo estudio, se alega en que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, revocó el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, sin tener en cuenta el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de agosto de 2010, según el cual, de conformidad con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la liquidación de la pensión de jubilación debe incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. (...) [E]stima la Sala que no se configuró el desconocimiento del precedente alegado por el accionante (...) En efecto, la autoridad judicial accionada reconoció expresamente la existencia del precedente del que se apartó, esto es, el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010 (expediente 0112-09); y, en cumplimiento del principio de razón suficiente, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, explicó, de manera clara, suficiente y razonada, los motivos por los que arribó a esa conclusión. De hecho, señaló que la razón para no seguir aplicándolo obedeció al cambio de tesis jurisprudencial que estableció la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia del 28 de agosto de 2018 (expediente con radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01), según la cual el anterior criterio desconocía el principio de solidaridad en materia de seguridad social, así como la voluntad del legislador para delimitar los factores salariales que conforman la base de liquidación. (...)

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO - Por adecuada valoración probatoria

[E]n cuanto al defecto fáctico alegado por la parte actora, precisa la Sala que tampoco se encuentra demostrada su configuración, toda vez que la autoridad judicial accionada sí tuvo en cuenta las calidades con las que contaba el señor Huertas Amaya para que se le reconociera su pensión de jubilación, entre otras, que estaba cobijado por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, tal como se evidencia del aparte citado de la sentencia atacada mediante la presente acción. Sin embargo, consideró que, en virtud de lo establecido en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dictada por la Sala Plena de esta Corporación, no era procedente acceder a la reliquidación pensional solicitada, porque los factores salariales que sirven para calcular el IBL son únicamente aquellos respecto de los cuales se hubieran efectuado aportes o cotizaciones al

sistema de pensiones. (...) Como se sabe, las discusiones sobre la valoración del material probatorio son un campo restringido para el juez de tutela, salvo que se advierta irracionalidad o capricho en la tasación de los medios de prueba, circunstancias que en este caso no se presentan.

**SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - Acreditada /
MINIMO VITAL - Garantizado a través del pago mensual de la pensión**

Ahora, respecto de la condición alegada por el actor de ser un sujeto de especial protección constitucional, si bien manifestó que es una persona con más de 74 años de edad y que padece una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), lo cierto es que dicha condición eventualmente permitiría flexibilizar el cumplimiento de los requisitos generales, por ejemplo el de inmediatez, como lo ha hecho esta Subsección en anteriores oportunidades; sin embargo, no permite cambiar la decisión luego de hacer el estudio de fondo respecto de la tutela de la referencia; aun cuando la decisión no sea favorable para el actor. Con todo, conviene decir que lo pretendido por el aquí demandante es dejar sin efectos el fallo que le negó la reliquidación de la pensión de vejez y no su reconocimiento, de lo cual se infiere que tiene garantizado el mínimo vital a través del pago mensual de dicha prestación. Así las cosas, (...) la Sala concluye que no se vulneraron los derechos fundamentales invocados (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 / LEY 33 DE 1985 / LEY 62 DE 1985 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., tres (03) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-05291-01(AC)

Actor: FLAMINIO ANTONIO HUERTAS AMAYA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia del 20 de febrero de 2020, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual se negó la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 16 de diciembre de 2019 (fls. 1 a 11), el señor Flaminio Antonio Huertas

Amaya, por medio de apoderado judicial (fl. 12), interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, porque consideró vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y al debido proceso. Formuló las siguientes pretensiones (fl. 10 y 10 vto.):

1. Que se ordene estudiar y desvirtuar cada uno de los derechos fundamentales citados como violados argumentando, en cada caso, por qué no se presentaría la violación. Lo anterior, debido a que en las tutelas anteriores no se ha estudiado de fondo cada uno de los derechos vulnerados pues se centran en la no existencia de violación del precedente jurisprudencial, dejando de lado, y sin estudio, los demás argumentos esbozados situación que conlleva a la violación del derecho de defensa y debido proceso del accionante.

2. Que se ordene tutelar el derecho fundamental del accionante a la seguridad social, el principio de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales, derecho a la igualdad, derechos adquiridos, a la progresividad y no regresividad de los derechos laborales, la inescindibilidad de la norma, defecto fáctico, defecto sustantivo, violación del precedente constitucional vertical y por violación directa de la constitución Art. 1, 13, 29, 48, 53, 93 y 230 de la Constitución Política y las leyes 33 del 85 Art. 21 C.S.T. y demás normas citadas.

3. Como consecuencia de lo anterior, se ordene al Consejo de Estado Sección Segunda Sub Sección "A" proferir nueva providencia judicial, ordenando reliquidar la pensión de mi mandante de conformidad con sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila Expediente No. 25000232500020060750901 Numero Interno: 0112-2009 Actor: Luis Mario Velandia Demandada: Caja Nacional de Previsión Social el cual ordenó tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación con la Ley 33 de 1985 el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

1.2. Hechos

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

El señor Flaminio Antonio Huertas Maya nació el 28 de enero de 1945 y laboró en la Gobernación de Cundinamarca entre el 22 de febrero de 1971 y el 30 de agosto de 2005.

El señor Huertas Amaya presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la UGPP, con el fin de que declarara la nulidad de las Resoluciones RDP 020743 del 21 de diciembre de 2012 y RDP 010705 del 5 de marzo de 2013, por medio de las cuales se negó la reliquidación de su pensión de jubilación y, como consecuencia, que se reliquidara su pensión con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 11 de agosto de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, decisión contra la cual las partes interpusieron recurso de apelación.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 13 de junio de 2019, revocó la anterior providencia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

1.3. Argumentos de la tutela

La parte actora señaló que las autoridades judiciales demandadas aplicaron indebidamente las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-023 de 2018, proferidas de la Corte Constitucional, y la de unificación del 28 de agosto de 2018, dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado. A su juicio, debió aplicarse el criterio jurisprudencial establecido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según el cual en la liquidación de la pensión de jubilación deben incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Indicó que el fallo cuestionado adolece de defecto sustantivo, porque omitió aplicar la ley y la jurisprudencia vigentes tanto al momento de adquirir su derecho a la pensión como cuando se interpuso la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, la posición establecida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, y sin que sea de aplicación la sentencia del 28 de agosto de 2018, dado que el artículo 29 de la Constitución Política prohíbe aplicar la retroactividad de la ley desfavorable.

Señaló que también se configuró el defecto fáctico, toda vez que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta que, para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el accionante ya contaba con más de 15 años de servicios, por lo que era beneficiario del régimen de transición establecido en la mencionada norma, razón por la cual no le era aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Finalmente, manifestó que es una persona con más de 74 años de edad y que padece una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), circunstancias que lo hacen «*una persona que merece especial protección*».

2. Trámite impartido e intervenciones

Mediante auto del 20 de enero de 2019 (fls. 89 – 90), el magistrado ponente del proceso en primera instancia admitió la acción de tutela y ordenó que aquel se notificara a las autoridades judiciales accionadas y al director de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, como tercero con interés.

2.1. La UGPP (fls. 97 - 119), por medio del Director Jurídico, contestó oportunamente y solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela o, en su defecto, que se negaran las pretensiones, por considerar que el fallo atacado no adolece de ninguno de los defectos invocados por la parte actora; por el contrario, dijo, «*se ajustó al ordenamiento legal y al precedente jurisprudencial que regula el tema, para determinar que no le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez*».

Finalmente, manifestó que lo pretendido por el actor es utilizar la acción de tutela

como una instancia adicional, al habersele negado las pretensiones en el proceso ordinario y, que en todo caso, no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

2.2. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, a través del magistrado ponente de la providencia atacada, solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela, por considerar que con la acción incoada se pretende generar una instancia adicional de discusión, sin que se evidencie la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante. En su criterio, la sentencia se profirió de acuerdo con las normas vigentes y aplicables al caso; además, se realizó una valoración probatoria adecuada (fls. 154 – 155).

2.3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, guardó silencio, a pesar de que fue notificado del auto admisorio de la demanda.

3. Sentencia impugnada

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia del 20 de febrero de 2020 (fls. 157 - 167), negó la solicitud de amparo, por considerar que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al proferir la providencia cuestionada, no vulneró los derechos fundamentales del actor, así como tampoco incurrió en los defectos invocados, para lo cual indicó (fl. 166 vto.):

(..) la Sala, no avizora la concreción de los defectos alegados ni la vulneración de los derechos y principios argüidos por el tutelante, ya que la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, a partir del análisis en conjunto de las pruebas aportadas al proceso concluyó que la UGPP liquidó la pensión del señor Flaminio Antonio Huertas Amaya con los factores debidamente cotizados, lo que está acorde con las reglas fijadas por la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en la cual, entre otras, se recogió la postura consagrada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Así mismo, tampoco se incurrió en los defectos sustantivo y fáctico alegados, pues la aplicación e interpretación que hizo al caso concreto la autoridad judicial accionada es razonable y se encuentra conforme con el criterio de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, aunado al hecho que las pruebas que indica el actor no tendrían la incidencia alguna, pues aquellas no permiten acreditar el sujeto de especial protección, lo cierto es que tampoco constituye una circunstancia suficiente a efectos de flexibilizar el marco normativo y jurisprudencial empleado por la autoridad judicial, por las razones expuestas previamente.

4. Impugnación

El accionante impugnó la anterior decisión y pidió que se revocara (fls. 172 - 178), para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la tutela.

II. CONSIDERACIONES

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 2012¹, 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

¹ Sentencia del 31 de julio de 2012, expediente 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González.

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 pronunciamientos², 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 los términos de la impugnación, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante el cual se negó la acción de tutela interpuesta por el señor Flaminio Antonio Huertas Amaya.

Como la solicitud de amparo cumple los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, los cuales, de hecho, ya fueron verificados por el juez de primera instancia, la Sala establecerá si se configuraron o no los defectos invocados por la accionante.

Al respecto, conviene precisar que si bien es cierto que el accionante alegó que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, incurrió en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente, también lo es que para sustentar esos defectos se plantearon argumentos comunes. Por tanto, la Sala realizará un análisis conjunto del tema, a partir de los presupuestos del defecto por desconocimiento del precedente. Desde luego que también se ocupará de estudiar si en el presente caso se configura el defecto fáctico.

3. Análisis de la Sala

3.1. Del desconocimiento del precedente jurisprudencial

El Consejo de Estado o cualquier otra autoridad judicial idónea para generar precedentes³, 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 precedentes⁴, 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 resolutive 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*

² Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017.

³ Sentencia T-534 de 2017 de la Corte Constitucional.

⁴ Sentencia T-292 de 2006.

o efecto *inter partes*⁵. 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»⁶ 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»⁷. Finalmente, el *obiter dictum* será «lo que se dice de paso»⁸ en la providencia, esto es, «aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión»⁹.

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 anteriores¹⁰. Lo anterior, en el sentido antes descrito, conforme al cual «únicamente se forma precedente a partir de la *ratio decidendi* que resuelve un caso»¹¹.

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 reglas¹²:

- a. El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció¹³.

⁵ En efecto, de acuerdo con el artículo 189 CPACA.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006.

⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999 y SU- 1300 de 2001.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1300 de 2001. Ver también entre otras, la sentencia SU-047 de 1999.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006.

¹⁰ Una completa reconstrucción de esta línea jurisprudencial puede verse en la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-960 de 2001.

¹² Sobre el tema, ver entre otras, la sentencia T-482 de 2011.

¹³ 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).

- b. 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.
- c. Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar.
- d. 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 suficiente¹⁴).
- e. 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 concreto¹⁵.
- f. 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.

3.2. 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 Constitucional¹⁶ 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)** por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso¹⁷; **(ii)** por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión¹⁸; o **(iii)** por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo¹⁹.

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 decisión²⁰; o **(v)** por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 resolutive». Ver, por ejemplo, la sentencia T-443 de 2010.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 2002.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-417 de 2008.

²⁰ *Ibidem*.

el hecho en que se basa la providencia²¹.

3.3. Caso concreto y solución del problema jurídico

En el caso bajo estudio, se alega en que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, revocó el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, sin tener en cuenta el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de agosto de 2010²², según el cual, de conformidad con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la liquidación de la pensión de jubilación debe incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Pues bien, en la sentencia con la que culminó el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, esta es, la proferida el 13 de junio de 2019, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, señaló que (fls. 48 – 52):

Al respecto, la subsección sostendrá la siguiente tesis: De conformidad con la postura recientemente unificada por Sala Plena del Consejo de Estado, el demandante no tiene derecho a la reliquidación deprecada porque al ser beneficiario del régimen de transición, su pensión de jubilación se debe ceñir a los parámetros de liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al IBL y a los factores salariales sobre los cuales efectuó aportes.

(...)

En efecto Cajanal desde el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante mediante Resolución 21385 del 28 de julio de 2005 indicó: «[...] Que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, 5 meses conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional entre el 1° de abril de 1994 y el 30 de agosto de 2004 [...]». Como factores salariales incluyó la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y las horas extras.

Es decir que la entidad demandada al computar la pensión de jubilación aplicó en debida forma el periodo de liquidación y los factores salariales sobre los cuales el demandante realizó los aportes.

En conclusión: No es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios como lo deprecó la parte demandante porque según la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 el IBL aplicable es el 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se cotizó y con base en el lapso que le hacía falta para acceder al derecho; con la inclusión de los factores salariales de asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y horas extras.

Por lo tanto no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos

²¹ Corte Constitucional, sentencia SU-226 de 2013.

²² Sección Segunda del Consejo de Estado, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

administrativos demandados, contrario a lo declarado por el a quo.

Visto lo anterior, estima la Sala que no se configuró el desconocimiento del precedente alegado por el accionante, por cuanto si bien es cierto que en ese fallo el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, se apartó de lo decidido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, también lo es que se cumplieron los dos requisitos exigidos por la Corte Constitucional para ejercer ese derecho de apartamiento (transparencia y razón suficiente).

En efecto, la autoridad judicial accionada reconoció expresamente la existencia del precedente del que se apartó, esto es, el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010 (expediente 0112-09); y, en cumplimiento del principio de razón suficiente, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, explicó, de manera clara, suficiente y razonada, los motivos por los que arribó a esa conclusión. De hecho, señaló que la razón para no seguir aplicándolo obedeció al cambio de tesis jurisprudencial que estableció la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia del 28 de agosto de 2018 (expediente con radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01), según la cual el anterior criterio desconocía el principio de solidaridad en materia de seguridad social, así como la voluntad del legislador para delimitar los factores salariales que conforman la base de liquidación. Textualmente, la Sala Plena de esta Corporación señaló:

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Ahora bien, en cuanto al defecto fáctico alegado por la parte actora, precisa la Sala que tampoco se encuentra demostrada su configuración, toda vez que la autoridad judicial accionada sí tuvo en cuenta las calidades con las que contaba el señor Huertas Amaya para que se le reconociera su pensión de jubilación, entre otras, que estaba cobijado por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, tal como se evidencia del aparte citado de la sentencia atacada mediante la presente acción.

Sin embargo, consideró que, en virtud de lo establecido en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dictada por la Sala Plena de esta Corporación, no era procedente acceder a la reliquidación pensional solicitada,

porque los factores salariales que sirven para calcular el IBL son únicamente aquellos respecto de los cuales se hubieran efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

En ese contexto, es evidente que el defecto fáctico alegado por el accionante se centra realmente en el resultado de la valoración probatoria que realizó la autoridad judicial accionada y la aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y no en el hecho de que dichos elementos de prueba pudieran ser tenidos en cuenta o no por el juez de segunda instancia del proceso ordinario.

Como se sabe, las discusiones sobre la valoración del material probatorio son un campo restringido para el juez de tutela, salvo que se advierta irracionalidad o capricho en la tasación de los medios de prueba, circunstancias que en este caso no se presentan²³. El hecho de que el accionante no los comparta, no habilita al juez de tutela para volver a estudiar un asunto que ya fue decidido por el juez natural de la causa, en este caso, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A.

Ahora, respecto de la condición alegada por el actor de ser un sujeto de especial protección constitucional, si bien manifestó que es una persona con más de 74 años de edad y que padece una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), lo cierto es que dicha condición eventualmente permitiría flexibilizar el cumplimiento de los requisitos generales, por ejemplo el de inmediatez, como lo ha hecho esta Subsección en anteriores oportunidades²⁴; sin embargo, no permite cambiar la decisión luego de hacer el estudio de fondo respecto de la tutela de la referencia; aun cuando la decisión no sea favorable para el actor.

Con todo, conviene decir que lo pretendido por el aquí demandante es dejar sin efectos el fallo que le negó la reliquidación de la pensión de vejez y no su reconocimiento, de lo cual se infiere que tiene garantizado el mínimo vital a través del pago mensual de dicha prestación.

Así las cosas, al igual que el *a quo*, la Sala concluye que no se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el señor Flaminio Antonio Huertas Amaya, toda vez que no se acreditó que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado hubiera incurrido en los defectos alegados.

Por las anteriores razones, la Sala confirmará la decisión proferida el 20 de febrero de 2020 por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

²³ Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: «(...) *la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia*». En relación con la competencia del juez de tutela para la evaluación de los cargos relativos a los defectos fácticos, es importante también precisar, que dicho juez no puede constituirse en una instancia para «revisar» las valoraciones probatorias de otros jueces ordinarios» (Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado número: 1001-03-15-000-2019-01578-01.

F A L L A:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del 20 de febrero de 2020, proferida la Sección Quinta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO. NOTIFICAR a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. ENVIAR el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Esta providencia fue discutida y aprobada en sala virtual del 3 de abril de 2020.