

PRECEDENTE JUDICIAL - Noción / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Inexistencia

A partir de una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, en específico del derecho a la igualdad, así como del principio de seguridad jurídica y buscando la coherencia misma del sistema, se ha entendido tanto por la doctrina como por nuestro tribunal constitucional que el juez está atado a sus decisiones, y en específico, a las de sus superiores jerárquicos -precedente vertical - para fallar casos similares...el concepto de precedente no puede asociarse ni confundirse con los de jurisprudencia o doctrina probable. Estos últimos se fundamentan en un número plural de decisiones que ratifican una línea argumental, a partir de una que originó la interpretación. Por tanto, no se constituyen de una sola decisión o fallo, sino que se refiere al conjunto de decisiones que no provienen de cualquier juez, sino de aquel que en la pirámide jerárquica ocupa la mayor posición y que, por su naturaleza y funciones, es decir, por ser el órgano de cierre y/o de casación, de unificación, tiene la capacidad de orientar la actividad interpretativa de los demás jueces. En efecto, si partimos del hecho que la decisión del juez en un caso anterior debe ser tomada en cuenta por el mismo funcionario o por los de inferior categoría, al momento de fallar una situación con presupuestos similares, la noción de precedente no se puede identificar con el número de veces que un determinado o específico tema ha sido fallado. Es decir que, en contraste con la jurisprudencia o doctrina probable, la noción de precedente no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho, por lo cual no es exigible que se determine un número plural de fallos en los que la regla de derecho se aplicó para entender que hay precedente... el precedente, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, es la ratio -regla o subregla de derecho- empleada en un caso para fallar unos determinados supuestos de hecho y/o de derecho puestos a su conocimiento. La ratio es el principio, la regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial y que proyecta sus efectos en la parte resolutive. En ese sentido, en recientes providencias de esta Sala, se indicó que hay una estrecha relación entre precedente y ratio. En realidad, para precisar lo dicho en esa oportunidad, el precedente lo constituye la ratio de la decisión, entendida como aquella regla o subregla que le permite al juez definir o resolver el asunto sometido a su discernimiento, siendo la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto... es impropio catalogar como precedentes judiciales, decisiones proferidas por los juzgados y tribunales. Así las cosas, las sentencias aludidas en esta solicitud no constituyen precedente vinculante para otros operadores judiciales y, en esa medida no le asiste razón al argumento de la tutelante.

NOTA DE RELATORIA: en relación con el precedente horizontal y precedente vertical, ver la sentencia T-489 de 2013 de la Corte Constitucional. Igualmente, sobre el precedente, ver la sentencia SU-049 de 1997 de la Corte Constitucional; así mismo, las siguientes sentencias de esta corporación: sentencia de 5 de febrero de 2015, exp. 11001-03-15-000-2014-01312-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y sentencia de 19 de febrero de 2015, exp. 11001-03-15-000-2013-02690-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

PRECEDENTE JUDICIAL - Sólo puede provenir de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones / PRECEDENTE JUDICIAL - Fuerza vinculante / AUTONOMIA JUDICIAL - El juez puede apartarse del precedente siempre y cuando justifique de manera clara y precisa los fundamentos para no aplicarlo / PRECEDENTE HORIZONTAL - No es posible frente a jueces y tribunales debido a que no tienen la facultad de crear reglas vinculantes

Ha de entenderse que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir, como se ha dicho, de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria. En ese sentido, si bien los jueces de inferior jerarquía al ejercer su función deben hacer interpretaciones que hagan compatible su decisión con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución, en razón del carácter normativo y vinculante, ello no significa que éstos, como sí sucede con los Altos Tribunales, tengan la facultad para crear interpretaciones vinculantes que tengan la vocación de integrar el orden jurídico junto a la ley - en sentido formal -, es decir, normas en sentido material que, por tanto, generen el deber de garantizar su aplicación uniforme a efectos de preservar el principio de igualdad, garantizar la certeza - fin del derecho - y la seguridad jurídica, que permitan, por demás, mantener la coherencia en el ordenamiento. En otros términos, el precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre, y lo es para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están llamados a aplicarlo. Por ende es el precedente vertical, el que tiene la capacidad de vincular las decisiones judiciales futuras sobre casos análogos. El carácter vinculante de estas reglas o subreglas de derecho, encuentra además su fundamento en la salvaguardia de los principios a la igualdad y la seguridad jurídica, así como en la coherencia del ordenamiento jurídico, pues no se puede aceptar que en aplicación de los principios de autonomía e independencia, se desconozca el carácter sistemático del texto constitucional que obliga a ponderar los principios en tensión, en donde la igualdad material y la certeza jurídica, cobran relevancia... es claro que en diversas providencias de la Corte Constitucional se ha manifestado que el juez de inferior jerarquía puede apartarse del precedente vertical, en aplicación de los principios de autonomía e independencia, siempre y cuando estos justifiquen de manera razonada el por qué no aplicarán la subregla que empleó el Alto Tribunal. En otros términos, se entendería que los principios de autonomía e independencia que guían el actuar judicial, tendrían su satisfacción en esa motivación clara y precisa de los fundamentos del juez para no aplicar el precedente vertical... los jueces no solo están atados a lo que señale la ley, sino y, además, a las decisiones de sus superiores jerárquicos cuando ellos han fijado un subregla o norma de adscripción -precedente-, porque cuando el órgano de cierre aplica el derecho, también genera reglas que pasan a hacer parte del orden jurídico, es decir, son normas en sentido material que por tanto obligan... los juzgados y tribunales tienen el deber de aplicar la regla creada por el órgano de cierre; pero sus fallos, al carecer del carácter vinculante que antes fue explicitado, no obligan a sus pares o a quienes se encuentran en un nivel jerárquico inferior. En estos casos, es importante advertir que estos no podrán crear reglas de carácter vinculante, no solo porque su competencia está circunscrita estrictamente al territorio en donde tienen jurisdicción, sino porque la función de unificación solo compete al órgano de cierre. En consecuencia, no se puede hablar de precedente horizontal frente a jueces y tribunales, pues estos no tienen la facultad de crear una regla vinculante.

NOTA DE RELATORIA: sobre la posibilidad que tiene el juez de inferior jerarquía de apartarse del precedente vertical siempre que lo justifique, ver las sentencias T-698 de 2004, C-335 de 2008, T-934 de 2009 y T-446 de 2013 de la Corte Constitucional.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada incurrió en defecto sustantivo / DEFECTO SUSTANTIVO -

Configuración: Tribunal no examinó la norma de alcance nacional aduciendo que no se aportó copia de la misma / DEFECTO SUSTANTIVO - Vulneración al derecho fundamental al debido proceso

En este caso es claro que la negativa de los falladores a consultar el Manual de Funciones del ICBF, para de allí examinar si había lugar o no a dar por probada la censura formulada en contra del acto que le negó la solicitud de nivelación salarial, devino de la inaplicación y el desconocimiento del artículo 188 del CPC, el que tan solo obligaba a la parte demandante a aducir al proceso en copia auténtica aquellas normas de alcance no nacional o extranjeras. Esta consideración y lo advertido de la lectura del fallo de segunda instancia, evidencia que el Tribunal no examinó dicha normativa de cara a pronunciarse sobre los argumentos que fueron objeto del recurso de alzada, lo que constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso, por cuanto era preciso que la consulta de esta disposición la hiciera el juez por los medios a su alcance, incluso mediante el uso de los mecanismos electrónicos que se han dispuesto con tal fin. Para el caso bajo examen, la resolución que no consideró el Tribunal se encuentra albergada en la página web de la entidad como compilado normativo y, en link correspondiente que permiten la revisión en formato digital de todas las decisiones que produce la entidad, incluso, se encuentran publicadas algunas de años remotos... el Tribunal accionado debió obrar consultando dicha normativa, tal como lo hizo respecto de otras disposiciones expedidas por el ICBF, y las que consideró para su decisión, como lo son las Circulares 12 de 2009 y 16 de 2010 y la Resolución 1616 de 2006, cuya consulta la realizó vía web a efectos de tomar su decisión, que si bien no fue directamente asumida con ocasión del fallo que es cuestionado, pues estos apartes donde se traen a colación corresponden a una providencia judicial que esa misma Sala dictó al decidir un proceso de similares características, pero con el relevante que para este caso, sirvieron de fundamento a la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2015, cuyo amparo se deprecó... Estas razones son suficientes para considerar que en este caso es procedente conceder el amparo deprecado pues se encuentra probado que el Tribunal y el juez accionados no tuvieron en cuenta para el análisis fáctico y conceptual de la demanda y del recurso de apelación, la Resolución 01542 del 12 de julio de 2007, de contenido general y alcance nacional, necesaria para analizar el planteamiento de la demanda y la incidencia de la acusación de la actora frente a la validez y legalidad del acto cuestionado.

NORMAS JURIDICAS - Su contenido no está sometido a prueba pues lo que se deben probar son los hechos que se aluden como sustento de una pretensión / NORMAS JURIDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL O CON VIGENCIA LOCAL O SECCIONAL - Su contenido tampoco está sometido a prueba

Sobre el particular es razonable señalar y reiterar que el contenido de las disposiciones normativas no están sometidas a prueba, pues lo que está llamado a cumplir este rigor probatorio son los hechos que se aluden como sustento de una pretensión, tal como lo consagra el artículo 167 del C.G.P., antes 177 del C.P.C., ello en total aplicación de la expresión da mihi factum ego tibi jus, dame los hechos, yo te daré el derecho... Es de recordar que la excepción frente a la prueba de normas jurídicas se mantiene aún con el Código General del Proceso, en relación con aquellas de alcance no nacional o con vigencia local o seccional. El artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, así lo prevía y lo consagró el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, bajo el cual se adelantó el proceso de nulidad y restablecimiento que inició la ahora tutelante contra el ICBF.

FUENTE FORMAL: CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 167 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 188 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 141

MEDIOS TECNOLOGICOS Y DOCUMENTOS ELECTRONICOS - Su uso garantiza el derecho de todo ciudadano de obtener un efectivo acceso a la administración de justicia / MEDIOS TECNOLOGICOS Y DOCUMENTOS ELECTRONICOS - Efectividad de los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia de la función administrativa

Es la oportunidad para destacar que en la condiciones actuales de avance tecnológico, de intercambio digital y de comunicaciones electrónicas es posible obtener la información sin demoras y bajo estrictos controles de seguridad a efectos de tener por ciertos y confiables los documentos que se publican en las páginas web de las entidades. Por ello, el operador judicial en uso de esta herramienta de fácil consulta debe utilizarla de manera plena e integral y, reconocer los beneficios que de ella se desprenden a efectos de garantizar el derecho de todo ciudadano de obtener un efectivo acceso a la administración de justicia. Adoptar tales medidas responde al reclamo de los administrados frente a la garantía de sus derechos y permite que los conflictos que susciten en contra de la administración, tengan una efectiva definición, máxime cuando es a los jueces a quienes se les ha confiado esta función, y para su ejercicio se les ha dotado de la capacidad de consultar diferentes medios para fundar sus decisiones, conforme lo establece el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. En este mismo contexto se expidió la Ley 962 de 8 de julio de 2005, que ordena que los organismos y entidades de la Administración Pública utilicen los medios tecnológicos o documentos electrónicos para atender los trámites y procedimientos de su competencia, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, actividad que además se rige por la Ley 527 de 1999 a efectos de garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad de la información. Incluso el artículo 7 de la citada Ley 962, reconoce la validez de la publicidad electrónica de actos generales emitidos por la Administración Pública en todos sus órdenes, imponiéndoles el deber de poner a disposición de los ciudadanos las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 95 / LEY 527 DE 1999 / LEY 962 DE 2005 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE

Bogotá, D.C., once (11) de febrero del dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03358-00(AC)

Actor: MARTHA LUCIA PERICO RICO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA - SALA DE DESCONGESTION Y OTRO

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el apoderado judicial de la señora Martha Lucía Perico Rico contra el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Mediante escrito radicado el 2 de diciembre del 2015¹, el apoderado judicial de la actora, presentó recurso de amparo contra las autoridades judiciales mencionadas previamente, con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de igualdad frente a las decisiones judiciales.

La parte actora consideró desconocidas las garantías alegadas con ocasión de las sentencias expedidas el 7 de junio del 2013 y el 10 de septiembre del 2015, correspondientes a la primera y segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 15001-33-31-001-2012-00016-01, en el cual la señora Perico Rico fungió como demandante contra el Instituto colombiano de Bienestar Familiar - I.C.B.F.

A título de amparo constitucional solicitó lo siguiente:

”(...) TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL DEBIDO PROCESO Y A LA IGUALDAD, conculcados a la señora MARTHA LUCÍA PERICO RICO y en consecuencia se dejen sin efecto alguno las sentencias de primera instancia proferida el día 7 de junio de 2013 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del circuito de Tunja y la sentencia de segunda instancia proferida el 10 de septiembre de 2015 por el TRIBUNAL CONTENCIOSO (sic) ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DE BOYACÁ, disponiendo que se deberá reconocerse a la demandante LAS DIFERENCIAS SALARIALES Y PRESTACIONALES de la forma como se solicitó en la demanda”.²

¹ Conforme se advierte del sello impuesto por la Secretaría General de esta Corporación en la carátula del expediente.

² Folios 82 y 83 del expediente.

Aunque la solicitud contiene un acápite relativo a los derechos fundamentales que invoca la tutelante como vulnerados, en éste se limita a transcribir las causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, contenidas en la sentencia C-590 de 2005.

No obstante lo anterior, esta Sala entiende que la accionante concreta su reclamo tutelar en dos aspectos que se identifican del relato de los hechos que le sirven de fundamento a la solicitud, así: **i)** no tener como prueba la Resolución N° 01542 del 12 de julio de 2007 proferida por la Directora General del ICBF, acto de carácter nacional que la relevaba de aportarlo al proceso y **ii)** el presunto desconocimiento de los “*precedentes judiciales*” que dice en más de 100 casos instaurados ante la justicia contenciosa han resultado favorables a las pretensiones de los accionante que vía demanda de nulidad y restablecimiento del derecho reclamaron el pago de las diferencias salariales y prestacionales³, sustentadas en idénticos hechos a los expuestos por la demandante.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala advierte como relevantes los siguientes **hechos probados**, de conformidad con los documentos aportados al expediente⁴:

Que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Martha Lucía Perico Rico demandó la legalidad del Oficio Memorando N° S-2011-034212 del 25 de agosto de 2011, por el cual el ICBF le negó la solicitud de nivelación salarial en el cargo de Defensora de Familia previa inaplicación de las normas que establecieron la planta personal de dicha entidad.

De esta demanda conoció en primera instancia el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, operador judicial que resolvió

³ Con tal fin refiere en específico a tres procesos: 1) Demandante: Ángela María Median Arcila, Radicado N° 05001-33-31-002-2012-00163-00, sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Medellín, mediante el cual se accedió a las súplicas de la demanda reconociendo el pago de las diferencias salariales y prestacionales debidas; 2) Demandante: Gloria Josefa Núñez Ramírez, Radicado N° 05001-33-31-002-2012-00170-00, sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Medellín, mediante el cual se accedió a las súplicas de la demanda reconociendo el pago de las diferencias salariales y prestacionales debidas; 3) Demandante: Conrado Aguirre Duque y otros Diez, Radicado N° 05001-33-31-002-2012-00154-00, sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Medellín, mediante el cual se accedió a las súplicas de la demanda reconociendo el pago de las diferencias salariales y prestacionales debidas;

⁴ Los hechos que se relacionan en el presente acápite, fueron abstraídos del texto de las sentencias atacadas en sede de amparo, en específico, de los hechos relevantes que fueron probados en el proceso ordinario.

mediante fallo del 7 de junio de 2013⁵, declarar no probadas las excepciones propuestas y negar las pretensiones de la demanda.

Entre las razones en las que fundó su decisión se destacan las siguientes: **i)** que un juicio de igualdad supone un examen sustancial y procesal y, además, prueba indicativa de dicho trato desigual; **ii)** que se probó que la actora presta sus servicios al ICBF desde el 2 de agosto de 2005 en el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 11, vinculada en provisionalidad y asignada al Centro Zonal de Miraflores; **iii)** que la actora se limitó a alegar la desigualdad salarial pero no la demostró, en tanto se dice no acompañó el manual específico de funciones y competencias laborales para efectuar el cotejo entre los cargos que invocó la desigualdad: Defensores de Familia grados 11 y 17; y, **iv)** respecto de la inaplicación de la Ley 443 de 1998, su Decreto Reglamentario 1572 de 1998 y la Ley 909 de 2014 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, refirió que en la medida en que estas normas contaron para su expedición con unos estudios técnicos era necesario haberlos aportado o solicitado, pues constituyen según la actora, el fundamento que permitió la diferencia salarial de la que reclamó su equilibrio.

La segunda instancia le correspondió decidirla a la Sala de Decisión N° 11E del Tribunal Administrativo de Boyacá - Descongestión, Corporación que dictó sentencia el 10 de septiembre del 2015, en el sentido de confirmar la decisión apelada. Para lograr tal decisión consideró lo siguiente:

En primer lugar aludió al marco jurídico al cual debía circunscribir el examen del recurso de apelación, e indicó los límites para el fallador de segunda instancia. Fijada esta competencia planteó como problema jurídico a resolver, el siguiente: *“¿Tiene derecho la demandante en su condición de Defensor de Familia Grado 11, a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar disponga su nivelación salarial respecto del Cargo de Defensor de Familia Grado 17?”.*

Para solucionar tal planteamiento el Tribunal consideró: i) le correspondía a la parte actora probar el trato discriminatorio aludido y de esta manera al ICBF le incumbía controvertir esas circunstancias que justificaran ese trato diferencial, ii) Analizó la situación de los defensores de familia en la estructura administrativa del ICBF, y con tal fin aludió a los Decretos 2502 de 1998, 03265 de 2002, 2489 de 2006, 4482

⁵ Folios 3 a 401 del expediente.

de 2009 y 1928⁶ de 2013, iii) bajo esta consideración relativa a las diversas modificaciones de la planta de personal, precisó que la actora se desempeñaba como **Defensor de Familia grado 11** desde el 2 de agosto de 2005, fecha para la cual los grados de remuneración vigentes eran: 17, 15, 13, 11 y 09, los cuales permanecieron hasta el 6 de septiembre de 2013, fecha en la que se expidió el Decreto 1928. Que el examen de desigualdad debía entonces recaer sobre este período; iv) Que de acuerdo con los grados de remuneración existentes para el cargo de Defensor de Familia entre los años 2009 y 2013, eran evidentes las diferencias salariales entre los diferentes grados; y que si bien la Ley 1089 de 2006 establece calidades, deberes y funciones idénticas, estas circunstancias por si solas no demuestran la *“existencia de una igualdad material en el cumplimiento de las labores asignadas a quienes desempeñan estos cargos”* ,y **que son los manuales específicos de funciones los que determinan la asignación concreta de las labores que desempeñan los servidores públicos de cada entidad.**

Descendiendo al caso concreto, refirió que la parte actora **no allegó ni solicitó como prueba** el Manual Especifico de Funciones del ICBF, así como tampoco otros elementos de juicio que permitieran establecer la desigualdad alegada, pues su argumento se limitó a señalar que conforme a la ley, los cargos de los Defensores de Familia tenían asignadas idénticas actividades, alegación que no resultaba suficiente para probar la censura planteada. Este mismo razonamiento lo predicó respecto de la solicitud de inaplicación de normas, pues no acompañó ni requirió que se adjuntaran los estudios técnicos de esta normativa.

Indicó que resultaba imposible aún ante la ausencia probatoria que el juez abordara el examen de desigualdad, en razón a que su labor ante el reproche planteado no podía asumirse porque dijo que el concepto de la acción se quedó en el *“plano de las afirmaciones”* y, en esa medida, no había lugar a la inversión de la prueba.

Aludió también como fundamento del fallo, a la postura⁷ que esa Sala de Decisión había fijado en torno al tema, en asuntos de iguales características. Según la transcripción que allí se efectúa el fallador consultó medios electrónicos⁸ para obtener: **i)** las Circulares 12 de 2009 y 16 de 2010 del ICBF, por las cuales la

⁶ Con este se dispuso la última modificación de la Planta de Personal del Instituto, el Tribunal refirió que se suprimieron todos los cargos de los Defensores de Familia y se crearon 1046 cargos de defensor de familia, todos bajo la nomenclatura de ser grado 17.

⁷ La referida transcripción se aprecia a los folios 37 a 39 de la providencia, la que se puede consultar a los folios 60 a 61 del expediente de tutela.

⁸ Página web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

Dirección General de la entidad estableció los lineamientos que debían seguir algunos Directores Regionales y Seccionales en cuanto al esquema de trabajo, y que les permitía establecer jornadas laborales y turnos de trabajo y **ii)** la Resolución 1616 de 2006⁹, de la que se puede determinar que las funciones de la entidad en el nivel Departamental se cumple a través de 28 regionales y 5 seccionales, y en el nivel municipal, a través de 201 centros zonales.

Con fundamento en dicha providencia refirió en relación con el caso particular de la actora, que fue asignada al **centro zonal Miraflores**, lugar donde ejerce el cargo de Defensora de Familia código 2125, grado 11.

De esta manera, reiteró, que para cumplir con la carga de la prueba de demostrar el punto de comparación, la parte demandante *“no solo tenía que acreditar la existencia de **labores idénticas en el manual de funciones**, entre su cargo (...) y el empleo respecto del cual pretende la nivelación (...), sino que además debía probar que cumplía **materialmente las mismas funciones y en igualdad de condiciones**, conforme a la estructura de la dependencia y grupo de trabajo en que se encontraba, para de esta manera trasladar la carga de la prueba a la entidad demandada en los términos jurisprudenciales¹⁰ referidos con anterioridad”*.

Fueron estos argumentos los que llevaron al Tribunal *ad quem* dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho a confirmar la decisión del juez de la primera instancia.

La tutelante acompañó con la solicitud de amparo copia de la Resolución N° 01542 del 12 de julio de 2007¹¹ *“Por la cual se adopta el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”* y dos (2) Cds que contiene en archivo digital el escrito de tutela junto con las providencias a que alude en los hechos.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1 Admisión de la demanda

⁹ *“Por la cual se modifica la Resolución N° 2622 del 2003, que fija la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar familiar en el nivel Regional y Municipal y se establecen las funciones de las diferentes dependencias”*

¹⁰ Las decisiones judiciales a las que hace referencia son aquellas a las que aludió en el acápite denominado **“DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL”** (fl. 50 del expediente de tutela) y en específico a la carga de la prueba en el juicio de igualdad hizo alusión y transcripción de las siguientes: T-638/96, T-835/00, T-230/94, T-079/05, T-835/00. (fls. 52 vto a 53 vto. del expediente de tutela)

¹¹ Folios 69 a 76.

Por auto del 07 de diciembre del 2015¹², la Consejera Ponente de la decisión admitió la acción de amparo de la referencia y, ordenó la notificación de ésta a las autoridades judiciales demandadas.

Así mismo, dispuso la vinculación, en su calidad de tercero interesado, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en razón a que fungió en condición de entidad demandada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.2 Ninguna de las autoridades judiciales accionadas, ni el tercero vinculado, dieron respuesta o rindieron informe en relación con los hechos que sustentaron la petición de amparo, ello a pesar de haber sido debidamente notificados de la existencia de la misma.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela presentada por la señora Martha Lucía Perico Rico, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 1069 del 2015.

2. Problemas jurídicos

Le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) ¿Al momento de la presentación de la acción de tutela se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad adjetiva de la misma, en especial, los relacionados con los requisitos de inmediatez y subsidiaridad?
- ii) De resultar positiva la respuesta al interrogante anterior, y en consecuencia, ser procedente un estudio de fondo, se debe establecer:

¿Incurrieron las autoridades judiciales accionadas en los defectos alegados respecto de las sentencias cuestionadas, al haber, presuntamente, desconocido que la señora Martha Lucía Perico Rico sí tenía derecho a que le fuera reconocida la nivelación salarial reclamada porque la prueba que

¹² Folio 109.

echaron de menos - Manual específico de funciones, contenida en la Resolución 01542 de 2007 - no necesitaba aportarla ni requerirla por ser una norma de carácter nacional?

¿También corresponde establecer si las decisiones acusadas desconocieron el precedente jurisprudencial que la actora estima debió prevalecer al momento de resolver la apelación al fallo de primera instancia, en razón a que se examinaron idénticas pretensiones que resultaron favorables a los demandantes que reclamaron la referida nivelación salarial por razones similares?

La respuesta a lo expuesto, requiere precisar los siguientes aspectos:

(ii.i) El régimen salarial de los empleados públicos. Su fijación.

(ii.ii) ¿Qué debe entenderse por precedente y jurisprudencia?

(ii.iii) ¿Puede considerarse que los juzgados y tribunales administrativos, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas por la ley, emiten decisiones vinculantes para el resto de los funcionarios judiciales de superior o igual categoría e incluso para los mismos miembros de la Corporación al momento de fallar cuestiones con analogía en su aspecto fáctico y normativo?

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente, 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 2012¹³ **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 tema¹⁴.

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 judiciales¹⁵.

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.**”¹⁶ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia 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”**.

¹³ 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.

¹⁴ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en 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 actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁸ 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

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.

3.2. Examen de los requisitos de procedencia adjetiva

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra un fallo proferido en una acción de tutela.

Así mismo, por tratarse de una sentencia de segunda instancia dictada dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no existe medio de impugnación ordinario para controvertirla.

Tampoco hay identidad entre los defectos formulados en contra del fallo del Tribunal y las causales de revisión que harían procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en la normativa correspondiente¹⁹. Igualmente se torna en improcedente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia por no haberse señalado como desconocida una sentencia de esta naturaleza dictada por el Consejo de Estado con fundamento en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011.

En lo que respecta al parámetro de la inmediatez, la Sala encuentra que se cumple porque el fallo del 10 de septiembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Boyacá quedó ejecutoriado el 29 de septiembre de 2015²⁰, y el accionante radicó la solicitud de amparo el 2 de diciembre del 2015, es decir, después de más de dos (2) meses.

Superados entonces los parámetros de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a estudiar de fondo la solicitud de amparo.

3.3. Del régimen salarial de los empleados públicos. Su fijación

En atención a la materia de controversia en el proceso ordinario, resulta oportuno que la Sala realice algunas precisiones de orden conceptual a efectos de examinar

¹⁹ Artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

²⁰ La notificación por edicto de tal decisión se aprecia al folio 65 del expediente de tutela.

si le asiste razón a la tutelante en cuanto a su reclamo de amparo, frente a que las decisiones cuestionadas, incurrieron en los defectos alegados, que impidieron dar por probado su derecho de nivelación salarial, en tanto asegura que debió remunerársele con el salario que recibe el cargo de Defensor de Familiar, grado 17, pues cumple las mismas funciones que a este empleo le señalaron, pero en ejercicio del empleo de defensor de familia, grado 11.

Según el artículo 122²¹ la Carta Política, son principios que informan y rigen la vinculación laboral con el Estado, los siguientes: **i)** no hay empleo público que no tenga asignadas funciones; **ii)** Todo empleo público debe estar contemplado en la planta de personal; **iii)** su remuneración debe apropiarse en el correspondiente presupuesto y **iv)** su ejercicio se adquiere a partir de la posesión.

Desde esta perspectiva, es necesario que para el desarrollo y la debida ejecución del vínculo laboral que surge con el Estado, las autoridades que tienen a su cargo la estructuración de la planta de personal, examinen para su fijación, aspectos relativos con la clasificación y nomenclatura de los cargos, en cuya determinación se fijen criterios de nivelación, denominación y grado; y por supuesto, se señalen los requisitos para su desempeño.

De esta manera, la formulación de esta estructura organizacional de los empleos públicos supone que de manera previa se han adelantado estudios respecto de las escalas a fijar, las funciones asignadas a cada cargo, las responsabilidades asumidas y las calidades a acreditar por los interesados en su desempeño, elementos que necesariamente repercuten en la fijación y asignación del salario.²² Bajo estas consideraciones, resulta de forzosa observancia que en caso de que una planta de personal existan cargos con funciones similares remunerados de forma diferente, ello se justifique en razones objetivas como las señaladas en el artículo 2° de la referida Ley 4 de 1992; v. gr. el grado de responsabilidad que deba asumir el que se vincule a cada uno de ellos, entre otras circunstancias.

²¹ "Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...)."

²² Así lo contempla el artículo 2° de la Ley 4 de 1992 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. En suma los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. Ahora, el sistema salarial está integrado por estos elementos: la estructura de los empleos y la escala y tipo de remuneración para cada cargo.

Con esta precisión pasa la Sala a examinar el planteamiento general de otras materias frente a las cuales es necesario su estudio antes de resolver las acusaciones que se plantearon en sede de tutela contra las providencias judiciales atacadas, así:

3.4. Precedente²³ Judicial. Concepto. Fuerza vinculante. Autoridades obligadas a su observancia.

A partir de una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, en específico del derecho a la igualdad, así como del principio de seguridad jurídica y buscando la coherencia misma del sistema, se ha entendido tanto por la doctrina²⁴ como por nuestro tribunal constitucional²⁵ que el juez está atado a sus decisiones, **y en específico**, a las de sus superiores jerárquicos -precedente vertical - para fallar casos similares.

Por tanto, surgen dos interrogantes ¿qué se debe entender por precedente? ¿Y cuál es su fuerza vinculante?²⁶

En primer lugar, el concepto de precedente no puede asociarse ni confundirse con los de jurisprudencia o doctrina probable. Estos últimos se fundamentan en un número plural de decisiones que ratifican una la línea argumental, a partir de una que originó la interpretación. Por tanto, no se constituyen de una sola decisión o fallo, sino que se refiere al conjunto de decisiones que no provienen de cualquier juez, sino de aquel que en la pirámide jerárquica ocupa la mayor posición y que,

²³ El uso del término "precedente", se asocia directamente con la tradición jurídica anglosajona que, en los términos del profesor SANTOFIMIO GAMBOA, es una de las *"instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico con influencia anglosajona –common law–, o sistema del Derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos –case law–, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho"*²³, por lo que la sola acepción se sitúa de plano en los pilares de un sistema jurídico que difiere de nuestra tradición jurídica romano-germánica, en la que la ley se consideró históricamente como la principal fuente de derecho. El principio de *stare decisis*, de aplicación en los países con una tradición jurídica diversa a la continental, tiene su génesis en un derecho que no es legislado sino de creación judicial, en el que la forma en que se falle el caso se convierte en la regla para fallar los asuntos posteriores. En ese orden, el fundamento de la decisión no es la ley, sino el *case law*, razón por la que este tiene una fuerza vinculante y obligatoria, tanto para el juez que la dictó - fuerza horizontal- como para los de inferior jerarquía -fuerza vertical-.

En un derecho legislado, la recepción del mencionado principio, como se entiende en el derecho inglés o americano, no tendría aceptación, si partimos del carácter positivo de aquel, en donde la ley es la que regula y define los supuestos de hecho y sus consecuencias, así como en la existencia de otros principios que rigen la función jurisdiccional, como los de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales (artículo 228 constitucional), con fundamento en los cuales, estos no estarían obligados a observar las decisiones de otros ni las propias.

²⁴ OTTO DE, Ignacio. *"Derecho Constitucional. Sistema de fuentes"*. Ariel Derecho. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. 1991. Págs 290 y siguientes.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-489 de 2013. La jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente y su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia. En este sentido, mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez –individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias; el precedente vertical implica que los jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente por las altas cortes.

²⁶ Esta Sección ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, en la sentencia del 3 de diciembre de 2015. Radicado N° 110010315000201502515-00 Actor: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC. Consejera Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate.

por su naturaleza y funciones, es decir, por ser el órgano de cierre y/o de casación, **de unificación**, tiene la capacidad de orientar la actividad interpretativa de los demás jueces.

En efecto, si partimos del hecho que la decisión del juez en un caso anterior debe ser tenida en cuenta por el mismo funcionario o por los de inferior categoría, al momento de fallar una situación con presupuestos similares, la noción de precedente no se puede identificar con el número de veces que un determinado o específico tema ha sido fallado.

Es decir que, en contraste con la jurisprudencia o doctrina probable, la noción de precedente no está atada al número de decisiones, **dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho**, por lo cual no es exigible que se determine un número plural de fallos en los que la regla de derecho se aplicó para entender que hay precedente.

Sobre este aspecto, es preciso enfatizar, en que basta una única providencia para que se pueda hablar de precedente, tal como lo reconoció esta Sala en decisión reciente, al indicar que éste "(...) **es la decisión**, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye la regla... que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido"²⁷, pues la pluralidad de decisiones es lo que caracteriza la jurisprudencia, cuya fuerza vinculante, como ya se explicó, surge de la repetición en cuanto a la forma como se ha fallado un caso, por parte del órgano de cierre.

Recapitulando, el precedente, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, es la *ratio* -regla o subregla de derecho- empleada en un caso para fallar unos determinados supuestos de hecho y/o de derecho puestos a su conocimiento. La *ratio* es el principio, la regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial y que proyecta sus efectos en la parte resolutive²⁸.

²⁷ Sentencia de 5 de febrero de 2014, citada previamente.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia Su-049 de 1997.

En ese sentido, en recientes providencias de esta Sala²⁹, se indicó que hay una estrecha relación entre precedente y ratio. En realidad, para precisar lo dicho en esa oportunidad, el precedente lo constituye la ratio de la decisión, entendida como aquella regla o subregla que le permite al juez definir o resolver el asunto sometido a su discernimiento, siendo la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto.

Ahora bien, surge la pregunta de si todos los jueces, sin importar su nivel jerárquico, tienen la capacidad de crear precedentes?.

La respuesta para la Sala de Sección es **negativa**, pues ha de entenderse que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir, como se ha dicho, de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria³⁰.

En ese sentido, si bien los jueces de inferior jerarquía al ejercer su función deben hacer interpretaciones que hagan compatible su decisión con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución, en razón del carácter normativo y vinculante, ello no significa que éstos, como sí sucede con los Altos Tribunales, tengan la facultad para crear interpretaciones vinculantes que tengan la vocación de integrar el orden jurídico junto a la ley - en sentido formal -, es decir, normas en sentido material que, por tanto, generen el deber de garantizar su aplicación uniforme a efectos de preservar el principio de igualdad, garantizar la certeza - fin del derecho - y la seguridad jurídica, que permitan, por demás, mantener la coherencia en el ordenamiento.

En otros términos, el precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre, y lo es para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están llamados a aplicarlo. Por ende es el **precedente vertical**, el que tiene la capacidad de vincular las decisiones judiciales futuras sobre casos análogos.

²⁹ Corresponden a las dictadas el 5 de febrero del 2015, Rad. N° 11001-03-15-000-2014-01312-01, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y el 19 de febrero de 2015, Rad. N° 11001-03-15-000-2013-02690-01 C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-631 de 2012. En este fallo expresamente se indica que: "Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, **adquiere carácter vinculante**"

El carácter vinculante de estas reglas o subreglas de derecho, encuentra además su fundamento en la salvaguardia de los principios a la igualdad y la seguridad jurídica, así como en la coherencia del ordenamiento jurídico³¹, pues no se puede aceptar que en aplicación de los principios de autonomía e independencia, se desconozca el carácter sistemático del texto constitucional que obliga a ponderar los principios en tensión, en donde la igualdad material y la certeza jurídica, cobran relevancia.

Así mismo, es claro que en diversas providencias de la Corte Constitucional se ha manifestado que el juez de inferior jerarquía puede apartarse del precedente vertical, en aplicación de los principios de autonomía e independencia, siempre y cuando estos justifiquen de manera razonada el por qué no aplicarán la subregla que empleó el Alto Tribunal³². En otros términos, se entendería que los principios de autonomía e independencia que guían el actuar judicial, tendrían su satisfacción en esa motivación clara y precisa de los fundamentos del juez para no aplicar el precedente vertical³³.

Lo expuesto, hasta este punto, lleva a la Sala a concluir que los jueces no solo están atados a lo que señale la ley, sino y, además, a las decisiones de sus superiores jerárquicos cuando ellos han fijado un subregla o norma de adscripción -precedente-, porque cuando el órgano de cierre aplica el derecho, también genera reglas que pasan a hacer parte del orden jurídico, es decir, son normas en sentido material que por tanto obligan.

A partir de lo expuesto, cabe preguntarse entonces: ¿es posible hablar, en estricto sentido, de precedente horizontal?

Para responder este interrogante, debe precisarse que, con la introducción del concepto de precedente en nuestra tradición y su ajuste en un sistema legislado, no todos los jueces lo generan, pues a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, no es posible hablar de precedente horizontal, por cuanto, se repite, el precedente solo se origina en las Altas Cortes.

En ese sentido, los juzgados y tribunales tienen el deber de aplicar la regla creada por el órgano de cierre; pero sus fallos, al carecer del carácter vinculante que

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008.

³² Corte Constitucional. Sentencias S T-698 de 2004; T-934 de 2009 y T-446 de 2013, entre otras.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008.

antes fue explicitado, **no obligan** a sus pares o a quienes se encuentran en un nivel jerárquico inferior.

En estos casos, es importante advertir que estos no podrán crear reglas de carácter vinculante, no solo porque su competencia está circunscrita estrictamente al territorio en donde tienen jurisdicción, sino porque la función de unificación solo compete al órgano de cierre.

En consecuencia, no se puede hablar de precedente horizontal frente a jueces y tribunales, pues estos no tienen la facultad de crear una regla vinculante.

Cuestión diversa es que el juez, ya sea individual o colegiado, esté obligado a seguir sus propias decisiones, cuando le corresponda decidir casos con supuestos fácticos y jurídicos similares a otros que ya ha fallado, no porque estas se consideren precedente - reglas o subreglas de derecho -, **sino para garantizar los principios a la igualdad y a la buena fe de quienes acuden a la administración de justicia y esperan que su conflicto se defina en la misma forma o bajo el mismo raciocinio que empleó ese juez en casos anteriores.**

En estos eventos, se garantizan esos principios cuando el juez motiva su decisión y hace explícitas las razones por las cuales no puede fallar la situación puesta a su conocimiento bajo los parámetros utilizados por él en un caso anterior, bien porque existe algún elemento que le impide arribar a la misma decisión o porque opta por rectificar su criterio.

3.5 Caso Concreto

Conforme se anunció en la parte inicial de esta providencia son dos los reproches que la tutelante le endilga a las providencias judiciales cuestionadas y radican en los defectos que esta Sala identifica, así: **i)** el primero, es un defecto sustantivo en la medida en que a su juicio el fallador de segunda instancia desatendió el contenido del artículo 188³⁴ del C.P.C., y, en consecuencia no tuvo en cuenta para definir el asunto que debía resolver en alzada, la Resolución de carácter general y de alcance nacional que contiene el manual de funciones del ICBF a efectos de establecer la equivalencia de las funciones entre el cargo de Defensor de Familia grado 11 y el de grado 17 y,

³⁴ hoy previsto en el artículo 177 del Código General del Proceso.

ii) se desconoció el “*precedente judicial*” contenido en tres decisiones que enlista y que fueron proferidas por los juzgados administrativos³⁵, en asuntos similares en los que resolvió idéntica pretensión a la que persigue la tutelante.

Con la anterior precisión esta Sala aborda el examen que corresponde:

3.5.1. El defecto sustantivo

En primer lugar es del caso referir que este defecto se genera según la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁶, cuando:

*“[...] se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución 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 su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) **cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada**; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”*

Pues bien, en este caso es claro que la negativa de los falladores a consultar el Manual de Funciones del ICBF, para de allí examinar si había lugar o no a dar por probada la censura formulada en contra del acto que le negó la solicitud de nivelación salarial, devino de la inaplicación y el desconocimiento del artículo 188 del CPC, el que tan solo obligaba a la parte demandante A aducir al proceso en copia auténtica aquellas normas de alcance no nacional o extranjeras.

Esta consideración y lo advertido de la lectura del fallo de segunda instancia, evidencia que el Tribunal no examinó dicha normativa de cara a pronunciarse sobre los argumentos que fueron objeto del recurso de alzada, lo que constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso, por cuanto era preciso que la consulta de esta disposición la hiciera el juez por los medios a su alcance, incluso mediante el uso de los mecanismos electrónicos que se han dispuesto con

³⁵ Acompaña en Cd copia digitalizada de los fallos a los que alude en el escrito de tutela para fundar el presunto desconocimiento del precedente judicial.

³⁶ T-781-2011

tal fin. Para el caso bajo examen, la resolución que no consideró el Tribunal se encuentra albergada en la página web de la entidad como compilado normativo y, en link correspondiente³⁷ que permiten la revisión en formato digital de todas las decisiones que produce la entidad, incluso, se encuentran publicadas algunas de años remotos³⁸.

Así las cosas, dada la naturaleza jurídica de la Resolución 01542 del 12 de julio de 2007 *“Por la cual se adopta el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la Planta Global del Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”* era preciso que su análisis fuera asumido por el juez de la alzada a efectos de verificar si los planteamientos expuestos a título de concepto de violación tenían la posibilidad de modificar la decisión del *a quo*, al estimar que la ausencia de esta normativa le impidió abordar el examen planteado por no haberse aportado ni solicitado el envío de esta documental con destino al expediente.

Sobre el particular es razonable señalar y reiterar que el contenido de las disposiciones normativas no están sometidas a prueba, pues lo que está llamado a cumplir este rigor probatorio son los hechos que se aluden como sustento de una pretensión, tal como lo consagra el artículo 167 del C.G.P., antes 177 del C.P.C., ello en total aplicación de la expresión *“da mihi factum ego tibi jus”*, dame los hechos, yo te daré el derecho.

De esta manera el Tribunal accionado debió obrar consultando dicha normativa, tal como lo hizo respecto de otras disposiciones expedidas por el ICBF, y las que consideró para su decisión, como lo son las Circulares 12 de 2009 y 16 de 2010 y la Resolución 1616 de 2006, cuya consulta la realizó vía web a efectos de tomar su decisión, que si bien no fue directamente asumida con ocasión del fallo que es cuestionado, pues estos apartes donde se traen a colación corresponden a una providencia judicial que esa misma Sala dictó al decidir un proceso de similares características, pero con el relevante que para este caso, sirvieron de fundamento a la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2015, cuyo amparo se deprecia.

Es de recordar que la excepción frente a la prueba de normas jurídicas se mantiene aún con el Código General del Proceso, en relación con aquellas de

³⁷ Portal ICBF/Normatividad y transparencia/transparencia el derecho de Bienestar/resoluciones/2007/1542

³⁸ Desde 1971.

alcance no nacional o con vigencia local o seccional. El artículo 188³⁹ del Código de Procedimiento Civil, así lo previa y lo consagró el artículo 141⁴⁰ del Código Contencioso Administrativo, bajo el cual se adelantó el proceso de nulidad y restablecimiento que inició la ahora tutelante contra el ICBF.

Estas razones son suficientes para considerar que en este caso es procedente conceder el amparo deprecado pues se encuentra probado que el Tribunal y el juez accionados no tuvieron en cuenta para el análisis fáctico y conceptual de la demanda y del recurso de apelación, la Resolución 01542 del 12 de julio de 2007, de contenido general y alcance nacional, necesaria para analizar el planteamiento de la demanda y la incidencia de la acusación de la actora frente a la validez y legalidad del acto cuestionado.

Es la oportunidad para destacar que en la condiciones actuales de avance tecnológico, de intercambio digital y de comunicaciones electrónicas es posible obtener la información sin demoras y bajo estrictos controles de seguridad a efectos de tener por ciertos y confiables los documentos que se publican en las páginas web de las entidades. Por ello, el operador judicial en uso de esta herramienta de fácil consulta debe utilizarla de manera plena e integral y, reconocer los beneficios que de ella se desprenden a efectos de garantizar el derecho de todo ciudadano de obtener un efectivo acceso a la administración de justicia.

Adoptar tales medidas responde al reclamo de los administrados frente a la garantía de sus derechos y permite que los conflictos que susciten en contra de la administración, tengan una efectiva definición, máxime cuando es a los jueces a quienes se les ha confiado esta función, y para su ejercicio se les ha dotado de la capacidad de consultar diferentes medios para fundar sus decisiones, conforme lo establece el artículo 95⁴¹ de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

³⁹ "ARTÍCULO 188. NORMAS JURÍDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL Y LEYES EXTRANJERAS. (Artículo modificado por el artículo 1, numeral 92 del Decreto 2282 de 1989). El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte..."

⁴⁰ "ARTÍCULO 141. NORMAS JURÍDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL. Si el demandante invoca como violadas **normas que no tengan alcance nacional**, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, **o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.**"

⁴¹ "ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. **Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.**

En este mismo contexto se expidió la Ley 962 de 8 de julio de 2005⁴², que ordena que los organismos y entidades de la Administración Pública utilicen los medios tecnológicos o documentos electrónicos para atender los trámites y procedimientos de su competencia, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, actividad que además se rige por la Ley 527 de 1999⁴³ a efectos de garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad de la información.

Incluso el artículo 7^o⁴⁴ de la citada Ley 962, reconoce la validez de la publicidad electrónica de actos generales emitidos por la Administración Pública en todos sus órdenes, imponiéndoles el deber de poner a disposición de los ciudadanos las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público⁴⁵.

Con fundamento en todo lo anterior, esta Sala, como ya se anticipó concederá el amparo deprecado frente al derecho al debido proceso con alcance al de acceso a la administración de justicia y, dispondrá, dejar sin efecto la sentencia del 10 de septiembre de 2015, para en su lugar, ordenar que el Tribunal accionado en el término de diez (10) proceda a dictar de nuevo sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en la que considere y analice el contenido

"Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

"Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley [...]"

⁴² "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos"

⁴³ "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones."

⁴⁴ **"ARTÍCULO 7o. PUBLICIDAD ELECTRÓNICA DE NORMAS Y ACTOS GENERALES EMITIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el **Diario Oficial**.

Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.

A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública."

⁴⁵ En similares términos esta Corporación ha asumido el estudio de normas de carácter local cuandoquiera que ellas aparecen publicadas en la web. Con tal fin pueden consultarse las siguientes providencias: Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 1994-00071 (14390), M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez y Sentencia del 7 de mayo de 2014. C.P. dra. Martha Teresa Briceño de Valencia Radicación: 05001-23-31-000-2005-07044-01 (19857) Actor: Colombiana Kimberly Colpapel S.A. Demandado: Municipio de Itagüí.

de la Resolución 01542 del 12 de julio de 2007 del ICBF, la que puede ser consultada en la página web de la entidad⁴⁶.

3.5.1. El desconocimiento del precedente

Pese a que fue concedido el amparo al derecho al debido proceso, no ocurre lo mismo con la presunta alegación del derecho a la igualdad, pues aunque podría entenderse que esta Sala quedaría relevada de este análisis por existir una decisión favorable a la petición de la tutela, es oportuno y necesario aclararle a la tutelante que conforme a las conclusiones registradas en el acápite 3.4. de este fallo, es improcedente catalogar como precedentes judiciales, decisiones proferidas por los juzgados y tribunales. Así las cosas, las sentencias aludidas en esta solicitud no constituyen precedente vinculante para otros operadores judiciales y, en esa medida no le asiste razón al argumento de la tutelante.

De esta manera, será en la nueva decisión que produzca el Tribunal Administrativo de Boyacá en descongestión, en la que se evaluará la Resolución 01542 de 2007, y el fallador establecerá si los argumentos de la apelación son suficientes para desvirtuar la legalidad del acto demandado, sin que ello implique, se insiste, orden relativa a tener como precedentes las sentencias a las que se aludió la tutelante en esta solicitud.

En consecuencia, esta decisión negará la tutela frente al desconocimiento del precedente, por las razones aquí registradas.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad.

FALLA

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la señora MARTHA LUCÍA PERICO RICO, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

⁴⁶ Se puede consultar en el siguiente link:
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/LeyTransparencia/Transparencia/AvanceJuridico>

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 10 de septiembre de 2015 dictada por la Sala de Decisión N° 11E - Despacho de Descongestión N° 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en consecuencia, se ordena que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, se dicte un nuevo fallo que tenga en cuenta los lineamientos aquí expuestos.

TERCERO: NEGAR la tutela presentada por la señora Martha Lucía Perico Rico, en relación con el derecho a la igualdad por las razones que fueron explicadas en esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si el fallo no es impugnado, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO ALBERTO YEPES BARREIRO