



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02562-01

Actor: CARLOS ARTURO HERAZO CABARCAS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

Asunto: Acción de Tutela – Fallo de Segunda Instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que declaró la improcedencia de la acción.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Mediante escrito radicado el 29 de septiembre de 2017¹ ante la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Carlos Arturo Herazo Cabarcas, a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, la igualdad, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Tales derechos los considera vulnerados con ocasión de la sentencia dictada el 5 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que adicionó la providencia de 23 de julio de 2014 del Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena que había accedido a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el actor contra la UGPP, dentro del proceso tramitado bajo el radicado No. 13-001-33-33-012-2013-00296.

¹ Ver folios 1 a 7



1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda así:

- CAJANAL le reconoció al actor la pensión de vejez mediante la Resolución No. 28769 de 24 de noviembre de 1998.
- El actor solicitó a dicha entidad la revisión de la liquidación de la pensión, con el fin de que fueran incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, petición que fue negada en la Resolución No. RDP 007276 de 18 de febrero de 2013.
- El actor demandó ambos actos en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.
- El conocimiento de la demanda en primera instancia le correspondió al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual, en fallo de 23 de julio de 2014, accedió a las pretensiones formuladas por el demandante. En la parte resolutive de la sentencia, ordenó lo siguiente “(...) *SEGUNDO.- (...) A su vez, se autoriza a la entidad demandada, una vez haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los factores salariales devengados por el demandante señalados anteriormente, a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal por parte del empleador (...)*”.
- La anterior providencia fue apelada por la UGPP y el actor. La primera, por considerar que no había lugar a acceder a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al señor Herazo Cabarcas; el segundo, para solicitar que se incluyera en la liquidación de la pensión la bonificación de junio como factor salarial devengado por el demandante en el último año de servicios.
- En segunda instancia, en sentencia dictada el 5 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Bolívar adicionó el fallo recurrido, con el fin de incluir en la liquidación de la pensión la bonificación de junio como factor salarial devengado por el demandante en el último año de servicios. En especial, se destaca que en dicha providencia se confirmó la orden de descuento contenida en el numeral segundo de la parte resolutive de dicha providencia.



1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora, las sentencias atacadas incurrieron en los defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico, sustantivo y error inducido, toda vez que el Tribunal no podía ordenar el descuento de los aportes que debió asumir el actor porque según el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dichos aportes debían ser asumidos por el empleador. En todo caso, al ordenarse los referidos descuentos, indicó que el Tribunal debió haber aplicado el término de prescripción.

Así mismo, alegó la existencia de un defecto por el desconocimiento de los precedentes contenidos en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: SU-488 de 2008, C-577 de 1997, C-542 de 1998, T-569 de 1969 (sic), C-1707 de 2000 y C-179 de 1997, en materia de aportes al sistema de seguridad social y la aplicación de la prescripción. Así mismo, afirmó que la providencia atacada desconoce los siguientes precedentes judiciales de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la misma materia: la sentencia de 3 de junio de 2010, expediente 0981-09; la sentencia de 12 de abril de 2007, expediente 2004-3119-01.

Por último, señaló que la orden impuesta por el Tribunal, en materia del descuento de los aportes, causa una violación directa de la Constitución Política, dado que los derechos laborales y pensionales son irrenunciables.

1.4. Pretensiones

En la tutela se solicitó el siguiente amparo:

“(...) PETICIÓN PRINCIPAL

Que se DECRETE LA PRESCRIPCIÓN de los APORTES, QUE NO fueron cobrados oportunamente por el ente de previsión por los tres (3) años anteriores a la fecha del retiro del servicio del demandante.

Esto de conformidad con los Arts. 99 y 102 del Decreto 1848 de 1969 y en el literal b) del Artículo 2 de la Ley 4 de 1966. O en su defecto que se decrete la prescripción de los aportes por 5 años por el no cobro oportuno.

PETICIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Si la prescripción anterior de 3 AÑOS no prospera,



respetuosamente solicito se decrete la prescripción de los aportes y la indexación de los mismos por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de retiro del servicio del demandante, lo anterior porque los APORTES para pensión, constituyen una OBLIGACIÓN PARAFISCAL, lo que significa que para su cobro debe aplicarse el Art. 817 del ESTATUTO TRIBUTARIO, modificado por el Art. 53 de la Ley 1739 de 2014, que establece que el término de PRESCRIPCIÓN de la ACCIÓN DE COBRO SERÁ DE 5 AÑOS A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE HICIERON EXIGIBLES. – Mayo 18 de 2017 –

SEGUNDA: En el evento de que las pretensiones anteriores no prosperen, respetuosamente solicito que se ordene que el PAGO de los APORTES a cargo del pensionado, sean trasladados a cargo del PATRONO por expreso mandato del Art. 22 de la Ley 100 de 1993 (...)

TERCERA: En el evento de que las pretensiones anteriores no prosperen, respetuosamente solicito que se ordene que el PAGO de los APORTES y la indexación a cargo del pensionado durante el último año de servicios, pues el fallo está ordenando liquidar con el último año de servicios.

CUARTA: En el evento de que las pretensiones anteriores no prosperen, respetuosamente solicito que se ordene que el PAGO de los APORTES y la indexación de los mismos a cargo del pensionado durante los 3 últimos años anteriores a la fecha de la ejecutoria del fallo, pues los aportes anteriores se encontrarían prescritos, así como le prescriben las mesadas al pensionado cuando no las reclama a tiempo. (...)"

1.5. Trámite en primera instancia

Inicialmente el conocimiento del proceso le correspondió en primera instancia al Despacho de la doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, quien se declaró impedida por tener un interés directo en el proceso, por estar en discusión la forma como se debe calcular el IBL en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.²

Dicho impedimento se declaró fundado mediante auto de 19 de octubre de 2017,³ en el cual también se admitió la demanda y se ordenó notificar a la autoridad judicial demandada; y vincular como terceros a la UGPP, en su calidad de parte en el proceso ordinario, y al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, en su calidad de juez *a quo* del proceso ordinario.

1.6. Contestaciones

² Ver folio 49.

³ Ver folios 51 y 52.



1.6.1. UGPP

En el informe enviado por correo electrónico el 2 de noviembre de 2017,⁴ la UGPP solicitó que se rechace por improcedente la acción de tutela, con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que la decisión proferida por la autoridad judicial demandada se encuentra acorde con la norma aplicada por la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media, esto es, el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, los artículos 15 y 18 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3 del Decreto 510 de 2003, el artículo 48 de la Constitución Política modificado por el acto legislativo 01 de 2015.

Así mismo, expresó que la jurisprudencia ha aceptado el cobro de aportes pensionales por factores insolutos, en el evento que una orden judicial ordene la reliquidación de la pensión, pues debe existir una correlación entre el IBC y el IBL y la proporción de los pagos por aportes que deben realizar el empleador y el trabajador.

Citó la sentencia de 5 de junio de 2014, proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, expediente número 2012-00190-01, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que en un caso de reliquidación pensional, estableció que debían realizarse los descuentos de los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal, pues de esa forma se garantiza el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2015.

Anotó que el cálculo actuarial es el mecanismo adecuado para calcular el capital necesario para el pago de los factores salariales de los cuales no se realizó cotización, y que debe incluirse en la reliquidación pensional, de conformidad con lo ordenado en la sentencia.

Señaló que el juez de tutela no puede realizar un análisis del caso *sub examine*, porque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar hizo tránsito a cosa juzgada. Además, advirtió que no se cumplieron los requisitos específicos de procedencia de tutela contra providencia judicial.

⁴ Ver folios 62 a 70. Dicho escrito fue posteriormente radicado en físico, como consta a folios 85 a 92.



1.6.2. Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena

En el informe enviado mediante correo electrónico del 07 de noviembre de 2017,⁵ el Juez hizo un recuento de las actuaciones procesales surtidas en el proceso ordinario.

1.6.3. Tribunal Administrativo de Bolívar

Esta autoridad judicial guardó silencio.

1.7. Sentencia impugnada

En sentencia de 25 de enero de 2018,⁶ la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la solicitud de amparo por no superarse el presupuesto de la subsidiariedad.

Al respecto indicó que la orden de descuento de los aportes que el actor cuestiona en tutela fue dictada en la sentencia de primera instancia del proceso ordinario, sin que dicha determinación hubiera sido cuestionada por el actor en el recurso de apelación que interpuso contra dicha providencia judicial.

Por lo tanto, el *a quo* señaló que si el actor consideraba que no era procedente el referido descuento, así debió alegarlo en el proceso ordinario para que ese punto fuese resuelto por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Por lo tanto, concluyó que el demandante no puede ahora, mediante tutela, subsanar la omisión o descuido en que pudo incurrir en el trámite del proceso ordinario, por cuanto la acción de amparo es de carácter subsidiario.

Esta providencia fue notificada a las partes a través de correos electrónicos remitidos el 30 de enero de 2018.⁷

⁵ Ver folios 81 y 82.

⁶ Ver folios 105 a 110.

⁷ Ver folios 111 a 117.



1.8. Impugnación

En memorial presentado el 2 de febrero de 2018,⁸ la parte actora solicitó revocar la sentencia impugnada, para lo cual reiteró los mismos argumentos expuestos en la demanda. En relación con la subsidiariedad, tal como se indicó en el escrito inicial, afirmó que el descuento de los aportes fue un hecho nuevo estudiado por el Tribunal en el fallo de segunda instancia del proceso ordinario.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, y el artículo 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. El asunto bajo análisis

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar el fallo de 25 de enero de 2018, por medio del cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la improcedencia del amparo solicitado. En especial, se deberá estudiar si en el presente caso se superó o no el presupuesto de la subsidiariedad.

Para resolver la cuestión planteada la Sala analizará los siguientes temas: **(i)** el estudio de la subsidiariedad en el caso concreto; **(ii)** en caso de superarse el anterior punto, se abordará el análisis de los demás presupuestos adjetivos de procedencia de la acción y de los defectos alegados por el actor.

2.3. El estudio de la subsidiariedad en el caso concreto

El actor ataca la sentencia de 5 de mayo de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en lo concerniente a la decisión de confirmar la siguiente orden impartida por el juez de primera instancia: “(...) **SEGUNDO.-** (...) *A su vez, se autoriza a la entidad demandada, una vez haya*

⁸ Ver folios 118 a 125



efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los factores salariales devengados por el demandante señalados anteriormente, a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal por parte del empleador (...)”.

A juicio del demandante, la providencia, al ordenar tales descuentos, incurrió en defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico, sustantivo y error inducido, toda vez que considera que el Tribunal no podía ordenar el descuento de los aportes que debió asumir al actor porque según el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dichos aportes debían ser asumidos por el empleador. Así mismo, alegó que dicha decisión desconoció varios precedentes sentados por la Corte Constitucional y la Sección Segunda del Consejo de Estado en materia de aportes al sistema de seguridad social, así como en lo concerniente a su prescripción.

En el fallo de primera instancia el *a quo* declaró la improcedencia de la acción, toda vez que la orden controvertida en sede de tutela, relacionada con el descuento de los aportes, fue impartida en la sentencia de primera instancia del proceso ordinario, sin que hubiera sido objetada por el actor al formular el recurso de apelación contra dicha providencia. Por lo tanto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó que en el presente caso no se supera el presupuesto adjetivo de la subsidiariedad de la acción.

En la impugnación el apoderado del señor Herazo Cabarcas reiteró los mismos argumentos expuestos en la demanda. En relación con la subsidiariedad, tal como se indicó en el escrito inicial, afirmó que el descuento de los aportes fue un hecho nuevo estudiado por el Tribunal en el fallo de segunda instancia del proceso ordinario.

De conformidad con lo expuesto, la Sala anticipa que confirmará el fallo impugnado, toda vez que en el presente caso no se supera el presupuesto de la subsidiariedad.

Contrariamente a lo sostenido por el recurrente en la demanda y en la impugnación, la orden judicial impartida a la UGPP de descontar los aportes que debió asumir el trabajador, no se originó en el fallo del



Tribunal, sino que ésta se impuso en el de primera instancia dictado por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena.

Si bien en las consideraciones de esta última providencia no se expuso la razón por la cual debía hacerse tal descuento, lo cierto es que en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo se dictó la siguiente orden:

*“(…) **SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la UAE DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a efectuar la indexación de la primera mesada pensional del demandante CARLOS ARTURO HERAZO CABARCAS por la inclusión de los factores salariales ya reconocidos y además los siguientes: prima de servicios (doceava parte), prima de vacaciones (doceava parte), prima de navidad (doceava partes) y quinquenio (dividido en sextas partes) a partir del 22 de febrero de 1995 fecha de retiro del servicio del actor hasta el 5 de julio de 1997 fecha en que cumplió los 55 años de edad.*

A su vez, se autoriza a la entidad demandada, una vez haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los factores salariales devengados por el demandante señalados anteriormente, a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal por parte del empleador. (...) (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

Ahora bien, la sentencia de primera instancia fue apelada tanto por la UGPP como por el señor Carlos Arturo Herazo Cabarcas.

Sin embargo, esta última parte no cuestionó en el recurso la orden relativa a los descuentos, sino que su impugnación se limitó a controvertir la necesidad de adicionar el fallo, con el fin de que se incluyera en la liquidación de la pensión la bonificación de junio como factor salarial devengado por el demandante en el último año de servicios.

En efecto, en el recurso de apelación interpuesto por el señor Herazo Cabarcas se indicó lo siguiente:

“(…) interpongo y sustento recurso de apelación contra la mencionada sentencia (...) con el fin de que sea adicionado, ordenando incluir en la liquidación de la pensión la bonificación de junio factor salarial devengado por el demandante en el último año de servicios. (...)



Teniendo en cuenta todo lo anterior solicito se adiciona el fallo recurrido y se ordene el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de mi mandante con todos los factores salariales devengados en el último año incluyendo el valor total de la bonificación de junio. (...)

De conformidad con lo expuesto, al igual que el *a quo*, la Sala considera que en el presente caso no se ha superado el presupuesto de la subsidiariedad, toda vez que el actor no hizo uso de los recursos para controvertir en el proceso ordinario la orden judicial impartida a la UGPP de descontar los aportes que debió asumir el trabajador, asunto que ahora cuestiona en sede de tutela.

Por tal razón, se confirmará el fallo impugnado.

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

3. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 25 de enero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que declaró la improcedencia de la acción.

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

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

