



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

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02613-01**

**Actor: RICARDO PINTO BLANCO**

**Demandados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C” Y OTRO**

**Asunto: Acción de Tutela – Fallo de Segunda Instancia**

La Sala decide la impugnación interpuesta por el señor Pinto Blanco, contra la sentencia dictada el 22 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó las pretensiones de la demanda constitucional.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. Solicitud**

Mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2017<sup>1</sup> ante la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Ricardo Pinto Blanco, actuando por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al “(...) principio de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales”.

Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión de la sentencia dictada el 7 de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” que confirmó parcialmente la providencia de 10 de marzo de 2015 proferida por el Juzgado 16 Administrativo de Descongestión de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por el actor, tramitado bajo el radicado No. 2014-00025.

---

<sup>1</sup> Ver folios 1 a 7.



## 1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda así:

- Por medio de Resolución PAP 004530 del 18 de mayo de 2010, la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, reconoció pensión de jubilación a Ricardo Pinto Blanco, efectiva a partir del 1º de julio de 2009.
- El mencionado acto administrativo fue modificado mediante la Resolución UGM 017808 del 21 de noviembre de 2011, que liquidó la respectiva pensión con los factores salariales sobre los que se cotizó durante los últimos 6 meses de servicio.
- El 24 de febrero de 2014, el tutelante pidió la reliquidación de la pensión, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos seis meses de servicio.
- Mediante las resoluciones RDP 008697 del 13 de marzo de 2014 y RDP 015425 del 16 de mayo de 2014, la UGPP denegó la referida petición.
- De conformidad con lo expuesto, el señor Ricardo Pinto Blanco promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la UGPP, para obtener la reliquidación de su pensión, en el sentido de que la cuantía de la prestación fuera equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicio.
- El proceso le correspondió por reparto al Juzgado 16 Administrativo de Descongestión de Bogotá, el cual, en sentencia del 10 de marzo de 2015, accedió a las pretensiones y ordenó a la UGPP que reconociera la pensión en un monto del 75% del promedio de totalidad de factores salariales devengados en el último semestre de servicio, pero también dispuso que la entidad demandada debía efectuar *el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal correspondiente*.
- Inconformes con la decisión, las partes interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Subsección “C” de la Sección



Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial que en providencia del 7 de junio de 2017, confirmó parcialmente la decisión de primera instancia y la adicionó en el sentido de precisar que “(...) *la entidad deberá efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales sobre los cuales no se hubiera efectuado la deducción legal, en la proporción que corresponda al demandante durante toda la relación laboral*”.

### 1.3. Fundamentos de la acción

A juicio del actor, el tribunal accionado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al “(...) *principio de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales*”.

Argumentó que la mencionada autoridad judicial incurrió en los siguientes yerros: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto sustantivo, error inducido, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente judicial.

No obstante, la sustentación de esas causales específicas gira en torno a los mismos argumentos, los cuales son los siguientes:

- Adujo que de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador es el encargado de retener la suma respectiva del salario y pagar los aportes que le correspondan al trabajador.

Así las cosas, según ese artículo, el empleador debe responder por el pago de los aportes, aun en el evento de que no se haya realizado el descuento al trabajador, por lo tanto, las sentencias cuestionadas no podían ordenar que los aportes a pensión se descontaran de las mesadas pensionales, sino que debieron ordenar que las asumiera el empleador.

- El tribunal accionado ordenó efectuar deducciones durante toda la relación laboral del trabajador, sin que exista una norma que diga que cuando el trabajador esté retirado y hayan transcurrido más de 3 años deba pagar aportes por toda la vida laboral.
- De acuerdo con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos prestacionales previstos en esa normativa prescriben en tres años y, por ende, los aportes a pensión también están



sometidos a esa regla de prescripción, motivo por el cual la sentencia atacada debió ordenar que los descuentos se hicieran por los últimos 3 años de servicio, mas no sobre toda la vigencia de la relación laboral.

- Indicó que, de conformidad con los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional, en las sentencias C- 179 de 1997, C- 577 de 1997, C-542 de 1998, C-1707 de 2000 y SU-448 de 2008, los aportes a pensión, por tratarse de contribuciones parafiscales, están sujetos a la prescripción prevista en el artículo 187 del Estatuto Tributario, que es de 5 años.
- Alegó el desconocimiento de las sentencias del 3 de junio de 2010<sup>2</sup> y del 12 de abril de 2007<sup>3</sup>, proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que se han pronunciado frente a “(...) la procedencia de la prescripción de los aportes a cargo del trabajador, [los] [cuales] prescriben en 3 años”<sup>4</sup>.

#### 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 de retiro del servicio del demandante.*

*Esto de conformidad con los Arts. 99 y 102 de 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 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-.*

<sup>2</sup> Expediente 08001-23-31-000-2003-01606-01.

<sup>3</sup> Radicado 2004-03119-01.

<sup>4</sup> Folio 6 (reverso).



*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, el cual ordena:*

*“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

*El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”.*

*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 sea 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 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 ejecutoria del fallo, pues los aportes anteriores estaría prescritos, así como le prescriben las mesadas al pensionado cuando no las reclama a tiempo”<sup>5</sup>.*

## **1.5. Trámite en primera instancia**

La Sección Cuarta admitió la demanda a través de auto de 13 de octubre de 2017, en el cual ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, al Juez 55 Administrativo de Bogotá y a la UGPP, esta última como tercera interesada en el resultado del proceso.

Igualmente, por medio de providencia de 7 de diciembre de 2017, vinculó al trámite de la acción constitucional al Contralor General de la República, en atención a que “(...) las pretensiones de la tutela podrían afectar los intereses de la entidad”<sup>6</sup>.

## **1.6. Contestaciones**

### **1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”**

---

<sup>5</sup> Folio 7.

<sup>6</sup> Folio 89.



A través de documento radicado el 28 de noviembre de 2017<sup>7</sup>, la autoridad judicial contestó la demanda de tutela.

Indicó que el fallo atacado se adoptó teniendo en cuenta que las pensiones de jubilación se construyen a base de aportes periódicos a lo largo de la vida del trabajador, con el propósito que la entidad utilice y capitalice esos recursos, lo que implica una progresividad y una permanencia durante todo el tiempo del servicio.

Explicó que cuando se incrementa una pensión por nuevos factores no cotizados para esa prestación que será vitalicia, *“(...) no se compadece con el principio de sostenibilidad fiscal que se apliquen solo unos factores reducidos para financiar una pensión que es para toda la vida y que llegan a última hora sin permitir que la entidad de previsión los haya percibido en su momento”*.

Puso de presente que la sentencia recurrida se sustentó en el precedente del Consejo de Estado contenido en la sentencia de 4 de agosto de 2010, en la cual se estableció que las pensiones se deben liquidar tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a seguridad social, lo cual no significa que aquellos que no han sido objeto de deducciones deban ser excluidos del IBL, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

#### **1.6.2. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**

Mediante escrito presentado el 26 de octubre de 2017<sup>8</sup>, el Subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP contestó la demanda de tutela.

Señaló que la decisión cuestionada acertadamente ordenó los descuentos por concepto de aportes sobre toda vigencia de la relación laboral.

En ese sentido, explicó que los aportes a pensión realizados por el señor Pinto Blanco se hacían con fundamento en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que definía los factores salariales que

---

<sup>7</sup> Ver folios 41 y 42.

<sup>8</sup> Ver folios 43 a 52.



conformaban el ingreso base de cotización, por lo tanto, como las autoridades judiciales ordenaron la reliquidación de la pensión con inclusión de factores sobre los cuales no se cotizó, lo propio es que se ordene la deducción por concepto de aportes sobre esos factores.

Aseguró que la deducción de esos aportes tiene como finalidad garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y, que bajo esa misma óptica, mediante sentencia del 5 de junio de 2014 (Rad: 2012-00190-01), la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado ordenó que los descuentos por aportes a pensión se hicieran sobre toda la vigencia de la relación laboral.

### **1.6.3. Juez 55 Administrativo de Bogotá**

A través de documento enviado el 26 de octubre de 2017<sup>9</sup>, la autoridad judicial contestó la demanda de tutela.

Puso de presente que en la providencia de primera instancia, no se fijó un límite temporal para la deducción por aportes, pues, ante la ausencia de un criterio jurisprudencial unívoco del Consejo de Estado, se pretendía que la entidad demandada lo efectuara en la forma más favorable al demandante.

### **1.6.4. Contraloría General de la República**

El apoderado judicial de la entidad, por medio de escrito radicado el 19 de diciembre de 2017, pidió que se desestimaran las pretensiones.

Manifestó que la demanda constitucional se dirigió contra el Juzgado 16 Administrativo de Descongestión de Bogotá y la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mas no contra la Contraloría General de la República, entidad que, incluso, no intervino en el proceso ordinario.

Agregó que la parte actora no puede pretender que la Contraloría asuma el pago de los aportes, pues ni siquiera demandó a esa entidad en el proceso ordinario.

## **1.7. Fallo impugnado**

---

<sup>9</sup> Ver folios 65 y 66.



En sentencia de 22 de febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó las pretensiones de la demanda.

Frente al defecto sustantivo alegado por la falta de aplicación de los artículos 22 de la Ley 100 de 1993, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 817 del Estatuto Tributario, indicó que las normas mencionadas no son aplicables al caso del actor, pues regulan supuestos fácticos completamente distintos.

Manifestó que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 prevé la obligación del empleador de descontar del salario de trabajador lo que corresponda por aportes obligatorios al Sistema de General de Pensiones, obligación que se predica en vigencia de la relación laboral y solo faculta al empleador para descontar lo que corresponde según el ingreso base de cotización, lo que evidencia que tal norma no regula nada relacionado con responsabilidad de pago por aportes cuando se ordena, por vía judicial, la reliquidación de la pensión.

Igualmente, adujo que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 prevé una prescripción trienal que se aplica a los derechos previstos en ese decreto y en el Decreto 3135 de 1968, así las cosas, los aportes obligatorios a pensión no son derechos propiamente y tampoco están previstos en los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968, de ahí que, en estricto sentido, la norma no fuera aplicable a la situación que pretende el actor.

En lo relacionado con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, indicó que si bien tal precepto ha sido utilizado para fijar un término de prescripción a ciertos derechos laborales que no están previstos en los decretos que prevé la norma, lo cierto es que, en esos eventos, el juez aplica esa norma por analogía.

De ese modo, el fallador de primera instancia descartó la configuración del defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, *“pues esa causal se presenta cuando se desatienda la norma que regula de manera específica el supuesto de hecho que se discute, lo que no ocurre en este caso, porque la aplicación de esa norma dependía de si el juez natural estimaba que era aplicable por analogía. Es decir, había cierto margen de discrecionalidad para el juez del proceso ordinario y era él quien determinaba si, por similitud, debía aplicarse o no el artículo 102 del Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969”*.





Finalmente, frente al artículo 817 del Estatuto Tributario, explicó que tal precepto consagra una prescripción quinquenal para la acción de cobro de obligaciones fiscales, lo que permite colegir que esa norma tampoco regula de manera específica el tema de prescripción de aportes para pensión cuando se ordena, por vía judicial, la reliquidación de la pensión. Igualmente, precisó que respecto de esa norma también puede predicarse el argumento, según el cual no hay defecto sustantivo cuando el juez del proceso ordinario se abstiene de aplicar una norma por analogía.

Frente al desconocimiento del precedente judicial establecido en las sentencias del 3 de junio de 2010 y del 12 de abril de 2007, proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, resaltó que *“(...) al analizar esas providencias, la Sala evidencia que ninguna de ellas se pronunció sobre un límite temporal que debiera fijarse a los descuentos que se ordenan cuando se reconoce la reliquidación de la pensión con inclusión de factores que no sirvieron de base para cotizar”*.

Así, indicó que en la sentencia del 3 de junio de 2010, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado no analizó un caso de reliquidación de pensión, sino de reconocimiento de auxilio de cesantías, de indemnización por mora en el pago de las cesantías y de indexación de varios factores salariales y prestacionales y, si bien se hizo mención a la prescripción trienal, lo cierto es que la autoridad judicial la aplicó a algunas horas extras y compensatorios dominicales y festivos, mas no a deducciones por aportes a pensión.

A su turno, en la sentencia del 12 de abril de 2017, la Sección Segunda del Consejo de Estado sí conoció de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que se pedía la reliquidación pensional, no obstante, resaltó que ese pronunciamiento no apoya la pretensión de la parte actora, sino que, por el contrario, respalda la tesis del tribunal demandado, en tanto que, sin fijar ninguna limitación temporal, ordenó efectuar los respectivos descuentos sobre los factores que no sirvieron de base para cotizar.

Finalmente, resaltó que, para fundamentar la decisión de ordenar los descuentos por concepto de aportes durante toda vigencia de la relación laboral, la autoridad judicial accionada invocó un argumento jurisprudencial, no normativo. En ese sentido, citó la sentencia del 5 de



junio de 2014, dictada por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Concluyó que la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no incurrió en defecto sustantivo o en desconocimiento del precedente judicial, pues sí podía ordenar que los descuentos por aportes a pensión comprendieran lo devengado durante toda la vigencia de la relación laboral.

### 1.8. Impugnación

Mediante escrito presentado oportunamente<sup>10</sup>, el actor impugnó el fallo constitucional de primera instancia.

Puso de presente que la decisión del *a quo* estableció que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, prevé la obligación del empleador de descontar los aportes, pero que esto se predica en vigencia de la relación laboral y que por eso no era aplicable a su caso, frente a esto argumentó que si tal norma establece que los aportes se deben descontar en la vigencia de la relación laboral, “(...) porque el fallo del tribunal ordenó descontar los aportes por toda la vida laboral, cuando [su] mandante ya no tiene relación laboral con el patrono”.

Insistió en que el empleador es quien está obligado a descontar los aportes y el ente de previsión es el que debe efectuar el recaudo, así “(...) nadie se puede beneficiar de su propia mora”.

En lo relacionado con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 que prevé una prescripción trienal que se aplica a los derechos previstos en ese decreto, si bien el *a quo* estableció que los aportes a pensión no son un derecho, también es cierto que lo que se está reclamando es el derecho “(...) a la prescripción de los aportes adeudados por el no cobro oportuno, norma que se puede aplicar por analogía”.

Indicó que el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, también debió ser aplicada por analogía y justicia.

Insistió en que el fallo atacado desconoció los fallos proferidos por la Corte Constitucional, que fueron referenciados en el libelo introductorio.

---

<sup>10</sup> La sentencia de tutela fue notificada el 28 de febrero de 2018 y la impugnación fue presentada el 5 de marzo de 2018.



## 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 22 de febrero de 2018 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó las pretensiones de la demanda de tutela.

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

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

Esta Sección, mayoritariamente<sup>11</sup>, 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.

---

<sup>11</sup> Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.



Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>12</sup> **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 tema<sup>13</sup>.

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 judiciales<sup>14</sup>.

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.**”<sup>15</sup> (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.



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

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014<sup>16</sup>, 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 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 amplia<sup>17</sup> 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.

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.



Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

#### 2.4. Caso concreto

A juicio del actor, el tribunal accionado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al “(...) principio de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales”.

En sentencia de 22 de febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó las pretensiones de la demanda.

El actor, en su escrito de alzada, reiteró que el fallo atacado incurrió en defecto sustantivo por la falta de aplicación de los artículos 22 de la Ley 100 de 1993, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 817 del Estatuto Tributario, al igual que insistió en que el fallo atacado desconoció los fallos proferidos por la Corte Constitucional, que fueron referenciados en el libelo introductorio.

Esta Sección, para efectos de resolver el *sub examine*, reiterará la postura que ha establecido en casos iguales al que se estudia en esta oportunidad.

De esta manera, esta Sala en sentencia de tutela de 8 de marzo de 2018 (Rad: 2017-02918-01), determinó lo siguiente:

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

**Sustantivo**, toda vez que al decretarse los descuentos por aportes de los factores salariales no cotizados ‘...por TODA LA VIDA LABORAL’



*deja sin fundamento los artículos 712 y 719 del Estatuto Tributario, así como declarar la prescripción prevista en el artículo 817 ejusdem.*

*Al respecto, esta Sección advierte que la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>18</sup>, frente al periodo durante el cual debe efectuarse los descuentos para aportes de seguridad social en pensiones dejados de cotizar por la administración y que fueron ordenados incluir en la pensión, ha sostenido que **'...en cuanto al período durante el cual debe efectuarse dichos descuentos no hay pronunciamiento de unificación al respecto; por lo tanto, las autoridades judiciales, en virtud de la libertad de interpretación y autonomía del juez, pueden adoptar la posición que consideren es la correcta'**.*

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

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

*Por consiguiente, la interpretación efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en ningún momento es arbitraria, caprichosa o desconoció la posición de esta Corporación” (Subrayas y negrillas parte del texto original).*

Así las cosas, es claro que en la actualidad no existe dentro de esta Corporación un criterio unificado en cuanto al periodo durante el cual debe efectuarse el descuento para aportes de seguridad social en pensiones dejados de cotizar por la administración y que fueron ordenados incluir mediante sentencia judicial, motivo por el cual no puede predicarse vulneración alguna de derechos fundamentales.

Igualmente, frente a los argumentos específicos presentados por el actor, relacionados con el defecto sustantivo por la falta de aplicación de los artículos 22 de la Ley 100 de 1993, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 817 del Estatuto Tributario, este juez comparte las apreciaciones efectuadas por el juez *a quo* de tutela, en el sentido de que tales normas no regulan la situación que se observa en esta oportunidad, a saber, los descuentos

---

<sup>18</sup> Sentencias de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 3 de agosto de 2017, radicación No. 11001-03-15-000-2017-01534-00, y del 13 de diciembre de 2017, radicación número 11001-03-15-000-2017-03092-00, C.P. William Hernández Gómez;



de los aportes sobre los cuales no se hubiera efectuado la deducción legal, cuando se ordena, por vía judicial, la reliquidación de la pensión.

Finalmente, en lo relacionado con el presunto desconocimiento del precedente contenido en las sentencias C-179 de 1997, C-577 de 1997, C-542 de 1998, C-1707 de 2000 y SU-488 de 2008, que establecen un término prescriptivo de los aportes, observa esta Corporación lo siguiente:

- En la providencia C-179 de 1997, se estudió la constitucionalidad del párrafo único del artículo 3 del Decreto 1283 de 1991 “*por el cual se establece el régimen de la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac*”.
- La sentencia C-577 de 1997, no se encontró y, tampoco la aportó, dejando de cumplir la carga que le asiste como interesado en que se aplique.
- En la decisión C-542 de 1998 se analizó el tema del cobro de las cuotas moderadoras a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ordenada en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993.
- En la providencia C-1707 de 2000 se estudió el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*”, que exoneró a los pensionados que reciben hasta dos salarios mínimos mensuales, del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder a la prestación de los servicios de salud dentro del Sistema de Seguridad Social.
- La sentencia SU-488 de 2008, no se encontró y, tampoco la aportó, dejando de cumplir la carga que le asiste como interesado en que se aplique.

Por tanto, se colige que las citadas providencias (las que se encontraron) no constituyen precedente aplicable, por cuanto no tienen similitud fáctica ni jurídica con la situación particular del actor.

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión de 22 de febrero de 2018 de la Sección Cuarta, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para conceder el amparo, pero por las razones expuestas en esta providencia.





### III. DECISIÓN

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

#### FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 22 de febrero de 2018, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, que negó la acción de tutela, pero por las razones expuestas en esta providencia.

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

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

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

