



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diez (10) de mayo del dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02774-01

Actor: CONSUELO BEJARANO GUTIÉRREZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTROS

Asunto: Acción de tutela – Segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la señora Consuelo Bejarano Gutiérrez, contra la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, el 1 de febrero del 2018 en la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Mediante escrito recibido el 20 de octubre del 2017¹ en la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado, la señora Consuelo Bejarano Gutierrez, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión del Circuito de Cali, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, seguridad social, igualdad e *“irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en materia laboral”*.

¹ Ver folio 22.



Tales derechos los consideró vulnerados por las autoridades judiciales accionadas en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral radicado No. 2011-00326, al negar las pretensiones desconociendo el precedente contenido en la SU 241 del 2015 en el cual se indicó que la pensión de jubilación convencional, debe ser reconocida a quienes cumplan la edad después del retiro del servicio en aplicación del principio de favorabilidad.

A título de amparo constitucional, solicitó:

- “a. Tutelar los derechos fundamentales invocados.*
- b. Dejar sin efectos las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, y ordenar que se profieran sendas decisiones en reemplazo de aquellas, ajustándose a la Constitución, la Ley, así como al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado²”*

La parte accionante fundamentó la petición de amparo bajo la siguiente línea argumentativa:

Adujo que era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo (2002-2004), suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato “SINTRASEGURIDADSOCIAL” por lo que al solicitar su pensión, ésta debía regirse por lo allí pactado, sin embargo las accionadas consideraron que para reconocerse la pensión convencional debió acreditar los requisitos de edad y tiempo de servicios en el periodo en que estuvo vigente tal pacto, con el fin de respetar los derechos adquiridos, dejando de lado que la referida convención se encontraba vigente en algunos artículos, especialmente aquellos referidos a la pensión.

Señaló que la postura del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha sido la de aplicar el principio de favorabilidad al trabajador y exigir únicamente el cumplimiento del tiempo de servicio, pues la concurrencia con la edad de retiro casi nunca se presenta por lo que solo se hace exigible el cumplimiento del requisito de cumplir 20 años de servicio.

² Folio 5



Manifestó que las autoridades judiciales accionadas no aplicaron el precedente del Consejo de Estado contenido en las sentencias del 25 de marzo del 2010, radicado No. 66001-23-31-000-2006-00452-01 (1415-01) y del 29 de abril de 2010 radicado No. 25000-23-25-000-2004-02732-01 (1731-07), así como también obviaron la sentencia SU 245 del 2015 en la cual se indicó que la pensión de jubilación convencional, debe ser reconocida a quienes cumplan la edad después del retiro del servicio, en aplicación del principio de favorabilidad.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- La señora Consuelo Bejarano Gutiérrez era trabajadora oficial en el Instituto de Seguros Sociales en la ESE Antonio Nariño, siendo beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo (2001-2004) suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato SINTRASEGURIDADSOCIAL, al cual perteneció durante su vigencia.
- Mediante oficio del 27 de abril del 2007, el gerente de la ESE Antonio Nariño le informó a la accionante la supresión del cargo que desempeñaba, por lo que fue retirada del servicio a partir del 30 de abril del 2007.
- La señora Consuelo Bejarano al cumplir 50 años de edad, solicitó a la ESE Antonio Nariño el reconocimiento de su pensión convencional por medio de derecho de petición No R-8069, petición que fue negada a través de Oficio No. D-6950 del 20 de octubre del 2010.
- Inconforme con lo anterior, el 20 de octubre del 2010, presentó demanda en virtud de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, radicada No. 2011-00326.



- Conoció de la acción en primera instancia el Juzgado Cuarto Administrativo de Cali remitido en virtud de las medidas de descongestión al Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión de dicha ciudad, que mediante sentencia del 18 de septiembre del 2014 negó las pretensiones de la demanda.

En efecto el *a quo* adujo que pese a que la señora Bejarano Gutiérrez cumplió en vigencia de la convención el requisito referente al tiempo de servicios, esto es, 20 años de servicio continuo, lo cierto es que al 31 de octubre del 2004, fecha en la cual terminó la vigencia de la convención pactada la accionante no contaba con la edad requerida para acceder a dicha pensión de jubilación, es decir no tenía 50 años.

Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda.

- La accionante interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 18 de septiembre del 2014 que la confirmó bajo similares argumentos la decisión apelada.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 27 de octubre del 2017³ se admitió la demanda de tutela y se dispuso su notificación a la parte actora, a las autoridades judiciales accionadas; así como la vinculación, en su calidad de terceros interesados, del Ministro de Salud y Protección Social, al Presidente de Alianza Fiduciaria, al Director de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Por último, ordenó la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de conformidad con el artículo 610 del Código General del Proceso.

³ Folio 25.



3.2. Contestación de las autoridades judiciales accionadas

Pese a haberse notificado en debida forma⁴, el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca** y el **Juzgado 20 Administrativo Mixto de Cali**⁵, guardaron silencio.-

3.3. Informes de los terceros vinculados

3.3.1 UGPP⁶

El subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente. Lo anterior por cuanto la petición de amparo no cumplía los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y que la demandante estaba utilizando ese mecanismo constitucional como una tercera instancia.

Hizo especial énfasis en que no se cumplía el requisito de inmediatez, porque la tutela fue presentada después de 7 meses de haber sido proferida la sentencia de segunda instancia del proceso ordinario.

Frente al fondo del asunto referido a la pensión convencional reclamada por la actora afirmó que dicho asunto ya fue resuelto por las autoridades judiciales competentes por lo que hizo tránsito a cosa juzgada.

Finalmente señaló que con todo, las decisiones cuestionadas se encuentran ajustadas a derecho, debidamente motivadas y fundamentadas sin que se evidencie el defecto alegado por la parte accionante.

3.3.2. Fiduprevisora

Por conducto de su representante legal la Previsora⁷ solicitó que se desestimaran las pretensiones de tutela, por cuanto lo

⁴ Folios 27 y 31 del expediente.

⁵ Que asumió el conocimiento del proceso que dio origen a las providencias objeto de tutela.

⁶ Entidad que asumió las funciones de reconocimiento pensional de las entidades del orden nacional que fueron liquidadas, entre esas, el Instituto de Seguros Sociales.

⁷ En el auto admisorio se vinculó a Alianza Fiduciaria S.A., porque fue la fiducia a la que se encargó la finalización de los asuntos que quedaran pendientes después de la liquidación de la ESE Antonio



pretendido es convertir la excepcionalísima acción de tutela en una tercera instancia procesal, cuestión para la que no está concebida la acción constitucional.

Los demás vinculados pese a estar notificados en debida forma, guardaron silencio⁸.

4. Fallo impugnado

En decisión del 1 de febrero del 2018⁹, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora.

Al estudiar el fondo del asunto, el juez constitucional *a quo* señaló que en las sentencias del 13 de marzo de 2003 (expediente 4526-01), del 25 de marzo de 2010 (expediente 1415-07) y del 29 de abril de 2010 (expediente 1731-07), la Sección Segunda del Consejo de Estado conoció de demandas en las que se cuestionaba que el ingreso base de liquidación de la pensión haya sido calculado según el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁰.

En ese sentido, las sentencias sostuvieron que *«dentro de la previsión que consagra la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 debe entenderse que queda amparado también el trabajador que habiendo cotizado al sistema de seguridad social o servido al Estado las semanas y el tiempo requerido, no hubiere cumplido, a su entrada en vigencia, la edad cronológica para exigir la prestación. De allí, que quien hubiere cotizado o trabajado el tiempo requerido para adquirir el derecho a la pensión, tiene el Estado que respetarle como mínima garantía el régimen vigente al momento de completar el tiempo de servicios o las semanas cotizadas»*.

Afirmó que los supuestos fácticos de los casos que se pretenden mostrar como precedente judicial difieren de los hechos que

Nariño. Sin embargo, el contrato de fiducia se cedió a la Fiduprevisora y por eso que interviene en esta acción de tutela.

⁸ Folios 133 a 148

⁹ Folio 98 a 102, Notificada por correo electrónico el 7 de febrero del 2018.

¹⁰ El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.



originan la presente acción de tutela, por cuanto el proceso ordinario de la señora Bejarano Gutiérrez estaba relacionado con el alcance de los beneficios de la convención colectiva de trabajo, luego de ser incorporada como empleada pública, por lo que resulta desacertado exigir una misma solución jurídica, al menos por aplicación del precedente judicial, a asuntos que no guarden semejanza en los aspectos fácticos.

5. Impugnación

La parte accionante presentó escrito de impugnación en el cual hizo especial énfasis en que la Sección Cuarta no estudió la vigencia de la convención *“situación a la que hago referencia al especificar en las razones y fundamentos de derecho”* argumento que literalmente en el escrito de tutela se planteó así: *“se indicó que la convención colectiva, no se me aplicaba debido a que su vigencia fue hasta el 31 de octubre de 2004, lo cual no es cierto, toda vez que es clara la convención cuando especifica que algunos artículos tendrán vigencia superior al 31 de octubre del 2004, como en el caso de las pensiones, cuya vigencia es hasta el año 2017”*

De manera que en su sentir, la convención colectiva estaba vigente en materia pensional hasta el 2017 y de ella también se desprende que solo era necesario el cumplimiento de uno de los dos requisitos pues la Convención indica:

*“El trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y **tenga** la edad de cincuenta y cinco años si es hombre y cincuenta años si es mujer”*

Afirmó que en la pensión convencional acordaron el sindicato y el empleador que el beneficiario debía cumplir con dos requisitos *“ostensiblemente diferentes a) el tiempo de servicios, el cual puede o no cumplirse, en tanto necesita de la voluntad y fuerza de trabajo para alcanzar el tiempo requerido, y b) la edad que llega con el paso de los años, aun cuando no se quiera, pues es sin lugar a dudas un acontecimiento natural”*

Por lo anterior, concluyó que una vez cumplido el requisito del tiempo de servicio se está frente a una expectativa legítima, que no puede ser echada a menos por no existir el vínculo laboral y menos cuando la relación fue terminada de manera unilateral por el Estado.



Así afirmó que *“una interpretación contraria sería castigar doblemente al trabajador que a más de quedarse sin empleo, se le cercena el derecho de acceder a una prestación económica digna. En este orden de ideas la prestación reclamada se traduce en una de las garantías mínimas previstas en el artículo 150 numeral 19, literal f) constitucional, en concordancia con la Ley 100 de 1993 y el decreto 1919 de 2002, art. 4”*

Por último, solicitó revocar la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta la vigencia de la convención colectiva de trabajo frente a algunos artículos y la imposibilidad de exigir un contrato actual de trabajo para reconocer su aplicación, pues ello se traduce en arbitrariedad y vulneración de los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Nacional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia del 1° de febrero del 2018 proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, de conformidad con lo señalando en el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 55 de 2003.

2. Problema jurídico

Sin observarse reparo alguno en relación con los requisitos de procedibilidad adjetiva, la Sala abordará el fondo del asunto, sujeto a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, para lo cual deberá determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia del 1 de febrero del 2018, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo los derechos fundamentales alegados por la actora.

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; y **ii)** análisis del caso concreto.



3.1. Procedencia excepcional 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. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹¹ **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 tema¹², por lo que procedió a unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹³, **observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.**

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 reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹⁵ 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.

¹¹ 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.

¹² El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ De manera general, dicha decisión consagró la necesidad de que la acción de tutela cumpla con unos presupuestos generales de procedibilidad –inmediatez, tutela contra tutela, subsidiaridad-, así como fijó las causales específicas de procedencia, los cuales denominó defectos, y dependiente de su naturaleza, pueden ser fáctico, sustantivo, procedimental, orgánico, por desconocimiento del presente o desconocimiento directo de la Constitución.



3.2. Caso concreto

El accionante en su escrito de impugnación señaló que no se abordó por el *a quo* una de las inconformidades planteadas, esto es la referente a la vigencia de la convención colectiva. Así tanto en su escrito de tutela como de impugnación señaló que en las providencias enjuiciadas *“se indicó que la convención colectiva, no se me aplicaba debido a que su vigencia fue hasta el 31 de octubre de 2004, lo cual no es cierto, toda vez que es clara la convención cuando específica que algunos artículos tendrán vigencia superior al 31 de octubre del 2004, como en el caso de las pensiones, cuya vigencia es hasta el año 2017”*

En este aspecto le asiste, en principio razón a la accionante al señalar que el *a quo* guardó silencio frente a tal argumento, sin embargo la Sala resalta que pudo solicitar adición o complementación de la sentencia y que no hizo uso de este mecanismo. No obstante, al presentarlo como un motivo de impugnación se debe señalar que el mismo no tiene la entidad de revocar la decisión de primera instancia, por cuanto los jueces del proceso ordinario tuvieron como fundamento para no declarar la nulidad del acto demandado mediante el cual no se le reconoció la pensión convencional, que la señora Bejarano Gutierrez no cumplió con los requisitos referidos para el efecto, referidos a la edad y tiempo de servicios, razón por la cual no existió para ella un derecho adquirido que permitiera la aplicación de la convención colectiva una vez esta perdió vigencia.

Aunado a lo anterior, la discusión sobre la vigencia fraccionada de la convención que propone la accionante no fue planteada en el proceso ordinario, por lo que no se satisface el requisito de la subsidiariedad, pues correspondía al juez de lo contencioso administrativo resolver las inconformidades del accionante sobre la aplicación de la convención tratándose del tema pensional, pues es el proceso ordinario el escenario indicado para debatir los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

Se recuerda que la acción de tutela se torna improcedente para suplir mecanismos idóneos de defensa y/o para revivir términos, pues una interpretación contraria nos llevaría a que ésta fuera



empleada como un instrumento para desplazar las competencias ordinarias, lo que de suyo desnaturalizaría esta acción que es eminentemente protectora de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional y esta Sala han reiterado que la acción de tutela no puede emplearse con el fin de reemplazar los procedimientos establecidos para obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia en hacer uso de ellos dentro de los términos previstos legalmente. De forma que en lo que respecta al defecto sustantivo planteado la Sala declarará la improcedencia de la acción de tutela.

De otra parte, señala la actora en su escrito de impugnación otra serie de argumentos nuevos encaminados a evidenciar un defecto sustantivo por inaplicación de la convención colectiva que no fueron alegados en el escrito inicial razón por la que no procede ningún pronunciamiento al respecto, pues hacerlo conllevaría a desconocer el derecho fundamental de defensa y contradicción de las autoridades judiciales accionadas que conocieron del proceso ordinario, toda vez que son aspectos que no fueron objeto de debate en el trámite de la acción de tutela.

Conviene precisar, que la impugnación amplía el malestar o simple descontento con lo resuelto en las providencias atacadas, al resultar desfavorable a sus intereses y el ánimo de debatir en sede constitucional tal decisión, esto es, discutir de nuevo los planteamientos que presentó en el proceso ordinario, como si se tratara de una tercera instancia.

En consecuencia habrá de modificarse la decisión de primera instancia, por cuanto los argumentos expuestos en tutela referente al defecto sustantivo corresponden a una discusión que no fue objeto de debate en el proceso ordinario por lo que sobre este aspecto se declare su improcedencia y sobre los demás defectos planteados como hechos nuevos se negará el amparo solicitado.

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: MODIFICAR la sentencia del 1 de febrero del 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la acción de tutela, para en su lugar, declarar su improcedencia frente al defecto sustantivo alegado y negar los demás propuestos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e 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.

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

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
 Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
 Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
 Consejero
 Ausente con permiso

ALBERTO YEPES BARREIRO
 Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

