**Magistrado ponente: JAIME ENIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veintidós (2022)**

**Radicado número:** 11001-03-15-000-2022-05455-00

**Accionante:** Pedro Pastor Aragón Canchila

**Accionados:** Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico

**Referencia:** Acción de tutela

**Tema:** acción de tutela contra providencias judiciales.

**Subtema 1:** requisitos de procedencia - subsidiariedad.

**Subtema 2:** nulidad y restablecimiento del derecho – reconocimiento pensional.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Sala decide, en primera instancia, la acción de tutela incoada por Pedro Pastor Aragón Canchila en contra de la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico.

# ANTECEDENTES

## 1.1. Solicitud de tutela

Pedro Pastor Aragón Canchila, por conducto de apoderado judicial, presentó solicitud de amparo de su derecho fundamental al debido proceso, que consideró vulnerado por la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico, con ocasión de la sentencia que esta profirió el 30 de junio de 2022, dentro del proceso con radicado núm. 08-001-33-33-003-2016-00305-01.

**1.2. Hechos probados**

1.2.1. Pedro Pastor Aragón Canchila nació el 19 de julio de 1950, y laboró para entidades del sector público y privado, en el siguiente orden:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Empleador** | **Sector** | **F. Inicio** | **F. Final** |
| CORELCA[[1]](#footnote-2) | Publico | **01.07.1977** | 15.12.1986 |
| Electrificadora[[2]](#footnote-3) | Público | 19.12.1986 | 30.01.1992 |
| DAS[[3]](#footnote-4) | Público | 03.02.1992 | 08.07.1993 |
| Col. U. Libre[[4]](#footnote-5) | Privado | 21.04.1993 | 31.12.1994 |
| U. Libre[[5]](#footnote-6) | Privado | 01.01.1995 | 15.09.1999 |
| Consultorías[[6]](#footnote-7) | Privado | 01.05.1997 | 31.01.1998 |
| U. Libre | Privado | 01.10.1999 | 31.07.2001 |
| Dto. Atlántico[[7]](#footnote-8) | Público | 27.06.2001 | 01.05.2003 |
| U. Libre | Privado | 01.09.2001 | 29.04.2006 |
| Desarrollos[[8]](#footnote-9) | Privado | 01.02.2004 | 31.03.2004 |
| Temporal A.[[9]](#footnote-10) | Privado | 01.04.2004 | 28.04.2004 |
| Temporal A. | Privado | 01.05.2004 | 28.05.2005 |
| Temporal A. | Privado | 01.06.2005 | 28.02.2007 |
| U. Libre | Privado | 01.05.2006 | **31.12.2013** |
| U. Atlántico[[10]](#footnote-11) | Público | 01.10.2007 | 31.12.2007 |
| Dto. Atlántico | Público | 16.01.2008 | *31.12.2011* |

El señor Aragón Canchila presentó petición ante la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), el 22 de noviembre de 2013, con radicado 020138375908, en la que solicitó el reconocimiento y pago de una *pensión mensual vitalicia de jubilación*, conforme a las normas contenidas en la **Ley 33 de 1985**, con cargo exclusivo a tiempos de servicio público prestado a Corelca, a la Electrificadora, al DAS y al Departamento y la Universidad del Atlántico, y con disfrute a partir del *1 de enero de 2012*.

1.2.2. Colpensiones emitió la **Resolución** **GNR 217754**, el 13 de junio de 2014, en la que resolvió reconocer el pago de una pensión de *vejez* a favor del señor Aragón Canchila, en cuantía de $6’274.503 pesos a 1 de enero de 2014, solo con semanas cotizadas a esa administradora, con sustento el Decreto 758 de 1990, norma aplicable por favorabilidad y por remisión del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, puesto que en virtud de las Leyes 71 de 1988 y 797 de 2003, el monto de la prestación resultaba inferior.

Indicó que, conforme a la Ley 549 de 1999, los tiempos laborados por el ciudadano a entidades públicas, sin aportes al régimen de prima media con prestación definida, serían sujetos de cobro por devolución ya que no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento pensional, y que, con respecto al tiempo público no cotizado a Colpensiones, se solicitaría el traslado de aportes, para financiar la prestación.

1.2.3. Posteriormente, Pedro Pastor Aragón Canchila radicó recurso de *reposición y, en subsidio apelación*, con radicado 020145580784, en contra de la Resolución GNR 217754, el 11 de julio de 2014, en el que afirmó que Colpensiones no resolvió la solicitud de reconocimiento pensional con cargo exclusivo a tiempos de servicio públicos, desconoció que la fecha de disfrute es 1 de enero de 2012 cuando se retiró del Departamento del Atlántico, mezcló tiempos públicos y privados, y no aplicó las normas de la Ley 33 de 1985, entre otras inconformidades.

Argumentó que las pensiones de jubilación de la Ley 33 de 1985 y de vejez del Decreto 758 de 1990, son compatibles, por cotizacióndes efectuadas en el servicio público en el sector privado, respectivamente, tesis aceptada por las Altas Cortes en Colombia, dado que los recursos provienen de fuentes independientes. Además, expresó que cumplió con el cálculo de rentabilidad exigido para ser beneficiario del régimen de transición de prima media con prestación definida; que la suma del tiempo que laboró para entidades públicas (Corelca, la Electrificadora, el DAS y el Departamento y la Universidad del Atlántico) suman más de 21 años; y que cotizó más de 1.100 semanas de manera exclusiva en el sector privado.

En ese orden, requirió a Colpensiones para que reversara los pagos realizados en virtud de la resolución controvertida y la asignación de cuota parte pensional a cargo de Cajanal y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y, por lo tanto, ordenara el reconocimiento pensional de jubilación a la luz de la Ley 33 de 1985, con cargo exclusivo a tiempo laborado para el sector público, a partir del 1 de enero de 2012, así la cuantía sea inferior que bajo otros regímenes.

Luego, el señor Aragón Canchila radicó petición de reconocimiento de *pensión de vejez*, con radicado 020147764800, de conformidad con las normas del **Decreto 758 de 1990**, a partir del 1 de enero de 2014 con fundamento en los aportes que realizó en su condición de trabajador del sector privado en el administrador ISS (Colpensiones), por su trabajo en el U. Col. Libre, U Libre, Consultorías, Desarrollos y Temporal A, con excepción de los periodos en los que simultáneamente cotizó en el sector público, sin que sea dable aplicar por favorabilidad los regímenes prestacionales de las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993.

1.2.4. Por su parte, Colpensiones emitió la **Resolución GNR 113438**, el 22 de abril de 2015, en la que, por economía procesal, resolvió los escritos que formuló el señor Aragón Canchila con radicados 020145580784 y 020147764800. En esta, decidió modificar la Resolución GNR 217754 de 2014, en el sentido de incrementar la mesada pensional de vejez a $6’519.302 pesos al 2015, ordenó el pago de las diferencias y solictó la devolución de aportes al Ministerio de Hacicenda y Crédito Público y a la UGPP, entre otras disposiciones.

Explicó que, de acuerdo con el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, era obligatorio analizar la petición pensional con fundamento en el régimen pensional más favorable, por lo que reiteró los argumentos de la resolución recurrida.

Finalmente, la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones profirió **Resolición VPN47156** del 3 de junio de 2015, en la que resolvió el recurso de reposición, en el que resolvió confirmar la anterior decisión.

1.2.5. Por lo expuesto, Pedro Pastor Aragón Canchila presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de Colpensiones, con las pretensiones de que el juez administrativo declarara la nulidad de las Resoluciones **GNR 217754** de 2014, **GNR 113438** de 2015 y **VPN47156** del 3 de junio siguiente, y, en consecuencia, ordenara el reconocimiento y pago de: i) una pensión de jubilación conforme a las normas de la Ley 33 de 1985 y en tiempos cotizados al sector público; ii) una pensión de vejez de acuerdo con las disposiciones del Decreto 758 de 1990 y en los aportes que realizó como particular; y, iii) el retroactivo y las diferencias resultantes.

Como fundamento de sus pretensiones, reiteró los argumentos de los recursos de reposición y apelación que formuló en sede administrativa, que, en términos generales, exponen la compatibilidad de las prestaciones solicitadas cuando provienen de fuentes distintas por aportes como servidor público y como particular.

1.2.6. El asunto correspondió conocerlo, en primera instancia y bajo radicado núm. 08-001-33-33-003-2016-00305-01, al Juzgado Tercero Administrativo de Barranquilla, autoridad que, en sentencia del **29 de enero de 2017**, accedió a las pretensiones de la demanda.

El juzgado explicó los requisitos para ser beneficiario de la transición prevista en la Ley 100 de 1993 (15 años de servicio o 40 años de edad para hombres a su entrada en vigencia) y los elementos sujetos a esta (edad de retiro, tiempo de servicio, monto de la prestación y semanas de cotización), su ámbito de aplicación, las reglas bajo las cuales aplica la Ley 33 de 1985 (empleados oficiales – 20 años de servicio, 55 años de edad y el IBL Ley 62 de 1985), y los elementos requeridos para adquirir el derecho a la pensión de vejez de particulares reglada en el Decreto 758 de 1990 (60 años de edad y 500 semanas durante los 20 años anteriores o 1000 durante todo el tiempo de servicio).

En cuanto a la compatibilidad pensional, indicó que consiste en que una persona puede percibir dos pensiones al mismo tiempo dado su distinto origen, diferentes tiempos de cotización y fuentes de financiación, y recordó la prohibición del artículo 128 Constitucional[[11]](#footnote-12). Además, expresó que los recursos que administraba el ISS no eran públicos y por lo tanto, no se pude considerar que provengan del tesoro público.

En el caso concreto, el juzgado encontró que el señor Aragón Canchila tenía más de 15 años de servicio y 40 de edad cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que le era aplicable, como servidor público, las normas de la Ley 33 de 1985. Así, enunció que cumplió con un tiempo al servicio del Estado de más de 20 años, en Corelca, la Electrificadora, el DAS y el Departamento y la Universidad del Atlántico, y que, al 31 de diciembre de 2011, día de su retiro efectivo, contaba con más de 60 años de edad, circunstancias que lo hacían acreedor del derecho a la pensión de jubilación liquidada con el promedio de todos los factores devengados en el último año laborado.

En cuanto a los tiempos públicos y privados simultáneos que el juzgado tuvo en cuenta para reconocer la anterior prestación, manifestó que, si bien estos no podían ser contabilizados para otra pensión, lo cierto era que no se anulaban, pues los cotizó en esta última condición en ejercicio de la docencia.

Además, el juzgado observó que el señor Aragón Canchila había cotizado de manera exclusiva y no simultánea, en su condición de particular, 704 semanas cuando cumplió los 60 años de edad, el 19 de julio de 2010, por lo que cumplió con los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990 para ser acreedor de la pensión de vejez del sector privado.

1.2.7. La decisión del juzgado fue apelada por Colpensiones, para lo cual invocó la incompatibilidad de las prestaciones y el aporte simultáneo de cotizaciones. En segunda instancia, la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico profirió auto de mejor proveer, el 12 de noviembre de 2019, en el que solicitó a Colpensiones que certificara si para el reconocimiento de la pensión de vejez de la Resolución **GNR 217754** del 13 de junio de 2014, tuvo en cuenta tiempos laborados en el sector público, y en caso afirmativo, indicara las entidades empleadoras y los periodos incluidos. Esta petición fue reiterada por tercera vez, en providencia del 26 de mayo de 2022.

Al respecto, Colpensiones expidió respuesta, el 6 de junio de 2022, en el que informó que atendió el auto del 12 de noviembre de 2019 en memorial del 21 de septiembre de 2021. En este último escrito, explicó que en la Resolución GNR 217754 tuvo en cuenta un total de 1879 semanas (que incluyeron todo el tiempo cotizado por el señor Aragón Canchila), con una tasa del 90% a partir del 1 de enero de 2014, que la Resolución GNR113438 modificó la anterior en cuanto reliquidó la prestación, y que la Resolución VPB 47156 confirmó la primera.

1.2.8. Finalmente, la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia de segunda instancia, el **30 de junio de 2022**, en la que revocó el fallo del 29 de enero de 2017 y negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Como fundamento de su postura, expuso los parámetros contenidos en la Ley 33 de 1985 y en el Decreto 758 de 1990 para adquirir el derecho a una pensión, y sostuvo que era un hecho cierto y probado que Pedro Pastor Aragón Canchila era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Además, citó todas las cotizaciones que el interesado aportó durante toda su vida laboral a los sectores público y privado, y discriminó aquellas que fueron en periodos simultáneos, punto en el que expresó que estos tiempos no pueden ser contados de manera doble sino que estaban encaminados a incrementar el respectivo IBL, según el artículo 81 del Decreto 3063 de 1989.

Así, para establecer si el actor tenía derecho a la prestación definida en la Ley 33 de 1985, tuvo en cuenta que le fue reconocida la pensión de vejez en la Resolución GNR217754, depuró los tiempos dobles y los excluyó, calculó los resultantes cotizados al sector público, y concluyó:

“[…]



[…]

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que el demandante, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición y haber cumplido los 55 años de edad el 19 de julio de 2005, no cumplió con los 20 años de servicios que exige la Ley 33 de 1985, para tener derecho a la pensión de jubilación ahora pretensionada [sic], pues a la fecha del 22 de noviembre de 2013, solo acreditó 13 años, 13 días”.

**1.3. Pretensiones de la tutela**

Pedro Pastor Aragón Canchila presentó escrito de tutela en el que pidió al juez constitucional que ampare sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia; deje sin efectos la sentencia del 30 de junio de 2022 emitida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado núm. 08-001-33-33-003-2016-00305-01; y, ordene al magistrado ponente de la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico que, por un lado, corra traslado de la prueba decretada de oficio y aportada por Colpensiones al expediente el 6 de junio de 2022 para garantizar los derechos a la defensa y contradicción de las partes, y, por otro lado, que emita un fallo de reemplazo en la que se tenga en cuenta las consideraciones que correspondan.

**1.4. Argumentos de la solicitud de tutela**

La parte tutelante argumentó que la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, dado que, a su juicio, incurrió en los defectos fáctico y sustantivo con la sentencia del 30 de junio de 2022, por las razones que la Sala resume a continuación:

1.4.1 Luego de que fue proferido el auto de mejor proveer y en ejercicio de la virtualidad, el demandante presentó 5 memoriales[[12]](#footnote-13) en los que solicitó tener acceso al expediente digital, sin embargo, solo 1 de estos fue cargado al sistema y ninguno fue atendido por el Tribunal sino hasta después de que fue emitida la sentencia de segunda instancia, a pesar de que el Decreto 806 de 2020 dispuso la consulta de expedientes de manera virtual.

Una vez finalizó el proceso, el interesado presentó una petición ante el Tribunal, a la que le contestaron que sí recibieron los mencionados memoriales, que la prueba aportada por Colpensiones no fue cargada a la plataforma de Samai, que el artículo 213 del CPACA no dispone el traslado de esta, y que el 12 y 14 de julio de 2022 dieron respuesta a las solicitudes de acceso al expediente ordinario.

1.4.2. Ahora bien, el Tribunal emitió auto de mejor proveer, el 12 de noviembre de 2019, con fundamento en el artículo 213 del CPACA[[13]](#footnote-14), luego de vencido el término para alegar de conclusión, y reiteró esta petición en proveído del 26 de mayo, en el que solicitó a Colpensiones que certificara si para la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990 que reconoció en la Resolución GNR217754, tuvo en cuenta tiempos cotizados en el sector público.

Al respecto, Colpensiones dio respuesta al requerimiento del auto de mejor proveer, en oficio del 6 de julio de 2022, sin embargo, el Tribunal de segunda instancia no corrió traslado esa prueba a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el legislador en los artículos 110[[14]](#footnote-15) y 170[[15]](#footnote-16) de la Ley 1564 de 2012 (CGP) que garantizan el derecho a la contradicción, y tampoco la cargó al aplicativo Samai, por lo que el demandante no tuvo la oportunidad de controvertirla ante la imposibilidad de acceder al expediente, pese a las reiteradas solicitudes en tal sentido.

Lo anterior, considera el demandante, alteró la relación de igualdad entre las partes, en cuanto ubicó a Colpensiones en una posición de producir una prueba sin que fueran garantizados los principios de publicidad y contradicción, por lo que el Tribunal Administrativo del Atlántico dictó sentencia con fundamento en una prueba obtenida con violación del debido proceso, lo que originó un defecto fáctico.

De otra parte, reprocha el accionante que el oficio del 6 de junio de 2022 de Colpensiones, no haya respondido correctamente a lo que se le pidió en el auto del 12 de noviembre de 2019, circunstancia que habría incidido en la decisión adoptada en la sentencia, pues la Resolución GNR217754 tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez la totalidad de tiempos cotizados por el interesado durante su vida laboral, circunstancia que creó confusión y que dio como resultado que el Tribunal solo contabilizara un poco más de 11 años al servicio público, lo cual no permitió tener por acreditado el requisito de 20 años aportados previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo expuesto, estimó el tutelante:

“Todo lo anterior patenta la incidencia en el fallo que tuvo de la prueba oficio 2022\_6948814 del 6 de junio de 2022 y oficio BZ 2021\_10337337 de 10 de septiembre de 202136 (Exp. P. NYRD37), al tiempo que devela la información errada contenida en la prueba que resulta conveniente para la demanda que desorienta al juez colegiado contrariando por completo el único fin que persigue la prueba del artículo 213 del CPACA, cual era, esclarecer aspectos oscuros al magistrado sustanciador”.

1.4.3. Afirmó el tutelante que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico porque valoró irracionalmente los certificados de información laboral del Departamento y la Universidad del Atlántico, de Corelca, de la Electrificadora y del DAS, y de las Resoluciones demandadas, en la medida en que estos demostraron que el actor cotizó para pensión como empleado público, durante más de 20 años, y de manera exclusiva, como particular, más de 1000 semanas.

Además, porque el tribunal desconoció que el reconocimiento de la prestación de vejez otorgada tuvo en cuenta todo el tiempo cotizado por el interesado durante su vida laboral, sin perjuicio de que para el régimen de Ley 33 de 1985 no apliquen los tiempos cotizados como particular, y que en el régimen del Decreto 758 de 1990 no apliquen tiempos públicos. En ese orden, la accionada se contradijo, pues aunque reconoció que fueron laborados ante entidades públicas mas de 20 años, luego concluyó que solo se probó 13 años de aportes.

La valoración realizada por el Tribunal, habría tenido, así, como consecuencia la negación del derecho de acceso a una pensión de jubilación por parte del señor Aragón Archila, conforme a la Ley 33 de 1985, por tiempos servidos al Estado, y a una pensión de vejez, de acuerdo con el Decreto 758 de 1990, por el tiempo laborado como particular y cotizado en tiempos de manera exclusiva en tal condición. Por tal razón:

“De no presentarse el desacierto sustentado en este cargo que llevó a concluir que el actor “no demostró haber prestado los 20 años de que exige la legislación en comento”, el juzgador, hubiera pasado al examen de la compatibilidad pensional que se extraña en el fallo acusado, pues es este el eje de litis y la materia principal que concita la alzada”.

1.4.4. Finalmente, señala el accionante que el Tribunal Administrativo del Atlántico incurrió en un defecto sustantivo, en la medida en que otorgó efectos distintos a los artículos 1 de la Ley 33 de 1985 y 81 del Decreto 3063 de 1989, artículos que fueran determinantes para que anulara más de 9 años cotizados en el sector público y pasara de 22 a 13 años probados en tal condición, bajo la noción de “depuración de tiempos”. Argumenta que las mencionadas normas no prevén que puedan ser invalidadas cotizaciones en el sector público, en razón a que, de manera simultánea, fueran aportadas semanas en el sector privado, ya que lo indicado es que estas últimas sumen al IBL, es decir que, no pueden ser tenidas en cuenta para definir el derecho pensional en ambos regímenes.

Por las razones expuestas, el accionante afirmó:

“Acotado lo anterior, constatado como ya está que el actor cuenta con más de 20 años de servicio público y tiene pleno derecho a la pensión de ley 33 de 198559, **deben extraerse los tiempos privados60 QUE RIGUROSAMENTE NO CONCURRAN CON LOS TIEMPOS PÚBLICOS** - sin que esto implique DEPURAR a modo de anulación, ni los unos ni los otros - a efectos de establecer bajo esta égida **si se obtiene el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez** previsto en el decreto 758 de 1990, **sin allanar cualquier tiempo público** que da lugar al derecho de ley 33 de 1985”.

**1.5. Trámite de tutela e intervenciones**

1.5.1. El Despacho del magistrado ponente, con auto del **14 de octubre de 2022**[[16]](#footnote-17), admitió la acción; vinculó como terceros interesados a Colpensiones y al Juzgado Tercero Administrativo de Barranquilla; ordenó notificar a los sujetos procesales y suspendió los términos del trámite constitucional.

1.5.2. **Colpensiones** manifestó que no tenía competencia para atender las pretensiones de la acción de tutela, sintetizó las actuaciones surtidas en el expediente administrativo pensional del accionante y el de nulidad y restablecimiento del derecho, y afirmó que el Tribunal Administrativo del Atlántico aplicó las normas vigentes en la materia en discusión. Asimismo, expuso que este mecanismo constitucional no es una tercera instancia, que no existió vulneración de derechos fundamentales y que no tiene legitimación en la causa por pasiva. Pidió declarar improcedente la solicitud de amparo[[17]](#footnote-18).

1.5.3. El **Juzgado Tercero Administrativo de Barranquilla** contestó que la tutela fue interpuesta para agotar una tercera instancia adicional a las surtidas en el proceso ordinario, por lo que pidió que se declarara que ese despacho judicial no quebrantó garantías constitucionales[[18]](#footnote-19).

1.5.4. La **Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico** remitió al expediente de tutela las actuaciones surtidas al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado núm. 08-001-33-33-003-2016-00305-01.

# CONSIDERACIONES

**2.1. Competencia**

La Sala tiene competencia para decidir la presente acción de tutela, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, y lo previsto en el reglamento interno de la Corporación.

**2.2.** La **legitimación** **en la causa** **por** **activa** de Pedro Pastor Aragón Canchila se encuentra acreditada, puesto que fue el demandante dentro del proceso que dio curso a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado núm. 08-001-33-33-003-2016-00305-01 en el que fue emitida la sentencia del 30 de junio de 2022 y, por ende, es el titular de los derechos fundamentales cuyo amparo pretende.

También está probada **la legitimación en la causa por pasiva** de la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico, en la medida en que fue la autoridad que profirió la sentencia del 30 de junio de 2022 que, según el tutelante, vulneró sus derechos fundamentales.

**2.3. Procedibilidad de la acción**

En los casos en que la solicitud de amparo ataca una providencia judicial, la doctrina constitucional ha indicado que el juez de tutela debe, en forma preliminar, realizar un examen de procedibilidad general de la acción; pues, solo una vez verificada la observancia de los requisitos que la determinan, procede el pronunciamiento de fondo sobre la problemática jurídica que el actor plantea en función de los defectos que reprocha a la actuación acusada y conforme a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[19]](#footnote-20).

2.3.1. **Subsidiariedad**

Uno de los requisitos de procedibilidad es la **subsidiariedad**, que impide que la acción de tutela se use como un mecanismo principal, alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios que el legislador tiene previsto para controvertir las decisiones judiciales, con el fin de: (i) prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta a la que adelanta el proceso ordinario; (ii) que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador; y (iii) que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es esta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial[[20]](#footnote-21).

En la sentencia T-396 del 2014, la Corte Constitucional delimitó los siguientes tres eventos que hacen improcedente la tutela contra providencia judicial por no superar el requisito de subsidiariedad:

“(i) cuando el asunto está en trámite; (ii) en el evento en que no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) si se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico”.

Así, un riguroso estudio de este requisito evita que la tutela sea utilizada para controvertir situaciones jurídicas consolidadas que tuvieron su oportunidad de ser discutidas ante el juez natural.

**2.4.** En el **caso bajo estudio**, Pedro Pastor Aragón Canchila presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que tuvo sustento en que Colpensiones debió reconocerle, por un lado, una pensión de jubilación conforme a las normas de la Ley 33 de 1985, con cargo a las cotizaciones que realizó como empleado público en Corelca, la Electrificadora, el DAS y el Departamento y la Universidad del Atlántico, que superaron más de 20 años, al margen de que en algunos de estos periodos los cotizó, de manera simultánea, como particular, pues los mismos quedaban excluidos para efectos de cualquier otra prestación.

Por otro lado, una pensión de vejez, de acuerdo con las normas del Decreto 758 de 1990, con fundamento en los aportes que realizó, de manera exclusiva, como particular, que superaron más de 10 años, sin tener en cuenta aquellos en los que simultáneamente lo hizo como servidor público, ya que estos últimos eran contabilizados para la pensión de jubilación.

Al respecto, el Juzgado Tercero Administrativo de Barranquilla profirió sentencia el 29 de enero de 2017, en la que accedió a las pretensiones de la demanda. Para ello, revisó la historia laboral del demandante y, primero, calculó únicamente los años en que este cotizó como empleado público, así en algunos de esos periodos lo hubiera hecho simultáneamente como particular, y encontró que estaban satisfechos los requisitos de la Ley 33 de 1985 para ser acreedor de la pensión de jubilación, en particular, los 20 años de servicio.

Luego, de las semanas restantes, es decir, sin tener en cuenta los periodos de cotización simultáneos, computó los tiempos en que el interesado aportó como particular, y halló que superaron más de 10 años, por lo que también fueron satisfechos los requisitos del Decreto 758 de 1990 para ser beneficiario de la pensión de vejez.

En segunda instancia, la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico revocó la decisión del *a quo*, en sentencia del 30 de junio de 2022, y negó las pretensiones de la demanda. En juez colegiado explicó que, al computar las semanas cotizadas como servidor público, restantes a las que fueron tenidas en cuenta para reconocer la pensión de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990, encontró que estas no superaban los 13 años, por lo que eran insuficientes para el otorgamiento de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, inconforme con la anterior providencia, Pedro Pastor Aragón Canchila formuló acción de tutela en contra de la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico, porque consideró que incurrió en los defectos fáctico y sustantivo, por las siguientes razones:

i) En auto del 12 de noviembre de 2019 se decretó como prueba de mejor proveer, que Colpensiones indicara si para la pensión de vejez que reconoció, tuvo en cuenta tiempos cotizados como servidor público, y de ser así, especificara cuáles. Sin embargo, la mencionada entidad allegó al expediente ordinario oficio del 6 de junio de 2022 en el que solo dio cuenta de las resoluciones que ha emitido, pero no respondió de forma concreta el requerimiento. De esta prueba, no se corrió traslado al demandante para garantizar el derecho de defensa y contradicción, pese a que no tuvo acceso al expediente ordinario dadas las múltiples solicitudes en tal sentido.

La confusión creada por Colpensiones con el oficio del 6 de junio de 2022 en relación con las semanas consideradas para la pensión de vejez, ocasionó que el Tribunal Administrativo del Atlántico solo diera por probado 13 años de servicio público y que no encontrara cumplidos los requisitos para la prestación de jubilación.

ii) El Tribunal valoró de manera irracional los formularios de la historia laboral del señor Aragón Canchila y las resoluciones demandadas, puesto que estás daban cuenta de que laboró más de 20 años como servidor público, y que, sin tener en cuenta los tiempos cotizados de manera simultánea, aportó más de 10 años de forma exclusiva como particular.

iii) La Ley 33 de 1985 y el Decreto 3063 de 1989 que sirvieron de fundamento para el Tribunal, no prevén que puedan ser invalidados o anuladas cotizaciones en el sector público, en razón a que, de manera simultánea, fueran aportadas semanas en el sector privado.

Sería del caso para la Sala verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos de procedibilidad de la presente solicitud de amparo, sino fuera porque, en particular, los argumentos que sustentan el primer defecto fáctico, ponen de presente un asunto propio de ser discutido mediante otro mecanismo judicial, como se explicará a continuación:

El artículo 248 del CPACA que prevé el recurso extraordinario de revisión, dispone:

“El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos”.

Por su parte, el artículo 250 *ibidem*, incluyó dentro de sus causales, en el numeral 5, la existencia de “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”. En relación con la mencionada causal, la Sala Especial de Revisión 26[[21]](#footnote-22), aclaró que:

“[el Alto Tribunal Contencioso] ha aceptado, que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la vulneración del artículo 29 constitucional. Es decir, que la violación al debido proceso constitucional en la sentencia puede ser causal de revisión”.

Incluso, el requisito de taxatividad de la causal invocada ha sido reevaluado a partir del alcance que se le ha impartido a la causal 5 del artículo 250 del CPACA por violación del debido proceso, en el entendido de que el Consejo de Estado ha admitido que no solo las causales previstas en el artículo 133 del CGP generan nulidad en la sentencia, sino que:

“[…] al juez le corresponde definir, con base en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación al caso concreto, si una situación determinada que se origina en el fallo de instancia produce el desconocimiento de un mandato constitucional con una relevancia tal que conduzca a invalidarlo, pues lo cierto es que no cualquier anomalía que se predique respecto de la sentencia podrá desvirtuar sus efectos de cosa juzgada. Así pues, esta tesis estima que los eventos constitutivos de la causal en cuestión no son taxativos[[22]](#footnote-23)”

Al respecto, la Sala Veinte Especial de Decisión del Consejo de Estado, en la sentencia del 29 de enero de 2021[[23]](#footnote-24), indicó que para que procesa la causal 5 de revisión, es necesario verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“[…] i) el vicio alegado se origine en la sentencia, es decir, se materialice con la adopción misma del fallo y no antes, y ii) que la anomalía sea de tal magnitud que configure un defecto insanable de esa actuación, al punto que de no presentarse ese yerro la decisión adoptada hubiese sido distinta”.

Sin embargo, frente al primer requisito, en dicha oportunidad, el Alto Tribunal explicó que “[…] debe advertirse que se ha aceptado la proposición de la nulidad procesal ocurrida antes de la expedición de la sentencia, siempre y cuando esta no haya podido ser advertida por el recurrente, caso en el que la parte actora deberá probar que efectivamente no tuvo la posibilidad de proponer la nulidad en el curso del proceso”. Por lo tanto, estimó que:

“[…] para que la causal de nulidad originada en la sentencia de que trata el numeral 5° del artículo 250 del CPACA proceda, deberá acreditarse no solo que se interpone contra una sentencia respecto de la cual no procede el recurso de apelación, sino que además deberá acreditarse que el fallo a infirmar dio origen, bien a una nulidad procesal de las que tratan las codificaciones procesales o bien a un defecto con implicaciones graves en el derecho al debido proceso”.

Pues bien, revisados las razones que sustentan la tutela, la Sala observa que la primero de estas consiste, en términos generales, en que el Tribunal Administrativo del Atlántico emitió la sentencia del 30 de junio de 2022 con violación del debido proceso, puesto que, estando vencido el término para alegar de conclusión, decretó, mediante auto para mejor proveer, una prueba que, en consecuencia, vino al proceso al margen del debate probatorio, sin que se corriera traslado de ella a la parte interesada en su controversia, en circunstancias en las que no había oportunidad de acceso al expediente digital. Este defecto procesal, dice el recurrente, resultó determinante para que la autoridad judicial desconociera las se semanas por el cotizadas al sector público.

Considera esta Sala que, el defecto procesal que pone de presente el actor en este primer cargo, tiene remedio en sede ordinaria por el cauce de la nulidad de la sentencia del 30 de junio de 2022 bajo la causal de vulneración del derecho fundamental al debido proceso, derecho que ciertamente podría haber sido lesionado por la ausencia del traslado de la prueba y el consiguiente cercenamiento de la oportunidad de contracción y defensa, trámite este que aunque no se encuentra prescrito de manera expresa en el artículo 133 del CGP, tendría sustento, en el caso concreto, en el artículo 29 Superior. Además, el accionante tenía también a su alcance el recurso extraordinario de revisión, bajo la causal 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, para discutir la posible configuración de la violación de su debido proceso por desconocimiento del derecho de contradicción y defensa.

En estas condiciones, en cuanto la legislación positiva disponía medios para que Pedro Pastor Aragón Canchila procurara el debido remedio a la nulidad de la sentencia, el juez de tutela no puede, sin pasar por alto el presupuesto de subsidiariedad, acometer el estudio de esta causal de nulidad.

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

**FALLA**

**PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de tutela interpuesta por Pedro Pastor Aragón Canchila en contra de la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO. NOTIFICAR** la presente decisión a las partes por el medio más expedito.

**TERCERO. ENVIAR** la presente providencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no sea impugnada.

**Notifíquese y cúmplase**

**NICOLAS YEPES CORRALES**

**Presidente de Sala**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

 **Magistrado**

**Aclaración de voto Cfr. Rad. 11001-03-15-000-2019-00022-00**

DACJJ

1. Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe S.A. E.S.P. [↑](#footnote-ref-2)
2. Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. - Liquidada [↑](#footnote-ref-3)
3. Departamento Administrativo de Seguridad [↑](#footnote-ref-4)
4. Universidad Libre Colegio Bachillerato [↑](#footnote-ref-5)
5. Universidad Libre [↑](#footnote-ref-6)
6. Consultorías y Gestiones Jurídicas [↑](#footnote-ref-7)
7. Departamento del Atlántico [↑](#footnote-ref-8)
8. Desarrollos Proyectos S.A. [↑](#footnote-ref-9)
9. Unión Temporal Alumbrado Público [↑](#footnote-ref-10)
10. Universidad del Atlántico [↑](#footnote-ref-11)
11. “ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. [↑](#footnote-ref-12)
12.  [↑](#footnote-ref-13)
13. “ARTÍCULO 213. PRUEBAS DE OFICIO. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete”. [↑](#footnote-ref-14)
14. “ARTÍCULO 110. TRASLADOS. Cualquier traslado que deba surtirse en audiencia se cumplirá permitiéndole a la parte respectiva que haga uso de la palabra.

Salvo norma en contrario, todo traslado que deba surtirse por fuera de audiencia, se surtirá en secretaría por el término de tres (3) días y no requerirá auto ni constancia en el expediente. Estos traslados se incluirán en una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente”. [↑](#footnote-ref-15)
15. “ARTÍCULO 170. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”. [↑](#footnote-ref-16)
16. Documento visible en Samai en el índice 4 del expediente digital de tutela, con certificado 229421BB6969A233 3D3E71653ED79E07 071921D519A2DE7D 76ABDB9B3A2DBBC3. [↑](#footnote-ref-17)
17. Documento denominado “13\_110010315000202205455003RECIBEMEMORIAL20221024113633.-pdf”, visible en Samai en el índice 10 del expediente digital de tutela, con certificado 5A79BAA439E575B1 AB21DA7A17DBC078 62EE7A8D40FF50CC 33F5819D057CDDBA. [↑](#footnote-ref-18)
18. Documento denominado “13\_110010315000202205455003RECIBEMEMORIAL20221024113633-.pdf”, visible en Samai en el índice 11 del expediente digital de tutela, con certificado 5A79BAA439E575B1 AB21DA7A17DBC078 62EE7A8D40FF50CC 33F5819D057CDDBA. [↑](#footnote-ref-19)
19. Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que, si en una decisión judicial se presenta alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional. A saber: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, que ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material de prueba obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el que se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados. [↑](#footnote-ref-20)
20. Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2012. [↑](#footnote-ref-21)
21. CONSEJO DE ESTADO. Sala Especial No. 26. Sentencia de 3 de febrero de 2015, Expediente: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. [↑](#footnote-ref-22)
22. A esta postura se adscriben, entre otras, las siguientes decisiones judiciales adoptadas por esta Corporación: sentencia del 8 de mayo de 2018, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-15-000-1998-00153-01, actor: Julio César Mancipe Estupiñán; sentencia del 7 de octubre de 2019, Sección Tercera, Subsección B, radicación 11001-33-31-035-2008-00180- 01(52615); actor: Ferney Darío Lis Fula y otros; sentencia del 24 de octubre de 2019, Sección Segunda, Subsección A, radicación 11001-03-25-000-2014-00325-00(0997-14), actor: Carlos Januario Montero Pérez. [↑](#footnote-ref-23)
23. Expediente núm. 11001-03-15-000-2019-01457-00. [↑](#footnote-ref-24)