**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Mecanismo de defensa judicial idóneo contra la providencia que reconoce sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública**

Actualmente la UGPP cuenta con otro medio de defensa judicial frente a la referida sentencia, como es el recurso extraordinario de revisión, establecido en los artículos 20 de la Ley 797 de 2003 y 248 de la Ley 1437 de 2011 , a través del cual puede controvertir la sentencia de 30 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, con sustento en el presunto abuso del derecho que, según su criterio, se presenta al ordenar la reliquidación de una pensión teniendo en cuenta el 75% de lo percibido durante su último año de servicios. (…) En el mismo sentido, en la sentencia SU-395 de 2017, la Corte Constitucional reiteró que esta Corporación estableció explícitamente que las acciones de tutela contra una decisión judicial, promovidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- ante un presunto abuso del derecho por parte del pensionado y en defensa del sistema de seguridad social en pensiones, deben estimarse improcedentes, no por incumplimiento del requisito de inmediatez, sino de cara al principio de subsidiariedad. Ello, por cuanto entre las autoridades legitimadas para promover el recurso de revisión ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia está la UGPP, dada su calidad de administradora de pensiones a la que le corresponde velar por el buen funcionamiento financiero del sistema […]" Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 , la entidad accionante cuenta con el término de cinco años, para presentar el recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, el 30 de noviembre de 2017; por lo que, existiendo otro medio de defensa judicial, la acción de tutela de la referencia resulta improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2591 DE 1991 – ARTÍCULO 6 / LEY 797 DE 2003 - ARTÍCULO 20

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente:** **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02005-01 (AC)**

**Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO y LUCILA DEL CRAMEN MERCADO GARAVITO**

**Referencia: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL. IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE AMPARO CONSTITUCIONAL POR SUBSIDIARIEDAD**

La Sala decide la. impugnación presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social - UGPP, en contra de la sentencia de 26 de julio de 2018, proferida por la Sección Quinta Consejo de Estado, que declaró improcedente la solicitud de amparo incoada en contra del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, y del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en Judicial de Sincelejo, de fecha 22 de marzo de 2017, que ordenó reliquidar y pagar a la señora Lucila del Carmen Mercado, la pensión de jubilación, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho Nro. 70001-33-33-001-2015-00213-00-01

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos:

* La señora Lucila del Carmen Mercado Garavito nació el 23 de abril de 1951 y prestó sus servicios: i) en el Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E. desde el 1 0 de septiembre de 1978 al 31 de diciembre de 1995, ii) en Dasalud de Sucre desde el 1 0 de enero de 1996 al 31 de marzo de 20081 iii) y en el Centro de Salud Sampués Sucre ESE, desde el 1 0 de abril de 2008 hasta el 30 de abril de 2013. El último cargo desempeñado fue el de Auxiliar del Área de la Salud Código 412.
* La Caja Nacional de Previsión Social — Cajanal, mediante la Resolución Nro. UGM 390691 de 21 de marzo de 2012, le reconoció la pensión de vejez, aplicando un 79.59%, conforme con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por un monto de $775.2901 correspondiente al 75% del promedio de Io devengado en los últimos diez años de servicio y teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1 158 de

1994.

* Mediante Resolución Nro. RDP 001937 del 20 de enero de 2015, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Lucila del Carmen Mercado Garavito, indicando que procede la reliquidación por retiro definitivo del sector oficial pero, de conformidad con lo devengado en los últimos diez años de servicio, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En contra de la anterior decisión, la señora Mercado Garavito interpuso el recurso de apelación y mediante Resolución Nro. 14717 de 16 de abril de 2015, la UGPP confirmó en todas sus partes el acto administrativo recurrido.

Inconforme con las anteriores decisiones, la señora Lucila del Carmen Mercado Garavito promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las mismas.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante sentencia de 22 de marzo de 2017, declaró la nulidad de la Resolución Nro. RDP 001937 de 20 de enero de 2015, y la nulidad de la Resolución Nro.RDP 01417 de 19 de abril de 2015. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, reliquidar la pensión de jubilación de la señora Lucila del Carmen Mercado Garavito, a partir del 1 0 de mayo de 2013, en cuantía del 75% de la asignación más elevada, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios (2013-2013), esto es, además del factor de asignación básica mensual, ya reconocido, se deben incluir valores por concepto de auxilio de transporte, subsidio de alimentación, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad. Además, impartió otras órdenes relacionadas con la reliquidación ordenada.

La UGPP apeló la sentencia de primera instancia y mediante sentencia de 30 de noviembre de 2017 r proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión. Confirmó en todas sus partes el fallo recurrido.

En criterio de la UGPP, los fallo proferidos en primera y segunda instancia son adversos a derecho, en razón a que van en contra de los postulados del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, siendo clara la grave afectación de los principios de la sostenibilidad financiera y de la solidaridad del Sistema General de la Seguridad Social, así como del debido proceso, desconociendo el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a los beneficiarios del régimen de transición, consistente en que del mismo se mantiene la edad, el tiempo de servicio o en número de semanas cotizadas y el monto entendido como la tasa de reemplazo, pero excluyendo el IBL que debe regirse por lo previsto en el artículo 21 y el inciso tercero del de 2014, SUQ30 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, Auto 229 de 2017, SU-395 de 2017 Y SU-631 de 2017.

En esa medida alegó que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto material o sustantivo, al impartir a los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional. De igual manera expresó que también se desconoce el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en relación con el tema. Concluyó, además, que tales comportamientos conllevan a alegar la violación directa de la Constitución.

II. PRETENSIONES

Las pretensiones consignadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social - UGPP en la solicitud de amparo son las siguientes:

"Primero. Conforme a fo anterior, solicito de manera respetuosa, sean amparados los derechos fundamentales deprecados por la UGPP, en atención al desconocimiento de los principios generales de la Seguridad Social, al incurrir en los defectos material o sustantivo, desconocimiento del precedente constitucional y violación directa de la constitución, así como derivar en un abuso del derecho; al interpretar erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y desconocer el precedente constitucional preferente y vinculante proferido por la Sala Plena de la Corte constitucional (sic) en sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, Auto 326 de 2014 SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, Auto 229 de 2017, SU-395 de 2017 y SU-631 de 2017.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior

a.- Sírvase dejar sin efectos las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo e/ 22 de marzo de 2017 y el Tribunal Administrativo de Sucre Sala Tercera de Decisión el 30 de noviembre de 2017, dentro del proceso contencioso administrativo No. 70-001-33-33-001-2015-00213-01.

b.- Consecuentemente sirva ORDENAR al Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, dictar nueva sentencia ajustada a derecho , disponiendo liquidar la pensión de vejez de fa señora Lucila del Carmen Mercado Garavito aplicando el articulo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de respetar de' régimen anterior lo que respecta a fa edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, pero teniendo en cuenta como IBL el promedio del tiempo que fe hiciere falta o de tos últimos 10 años conforme lo establece el inciso 3 y el artículo 21 de fa referida norma, así como los factores salariales relacionados en el Decreto 1158 de 1994.

Tercero. De manera subsidiaria:

1. En caso de que su despacho (sic) determine que procede alguna acción judicial contra las sentencias atacadas, sírvase amparar los derechos invocados de manera TRANSITORIA de conformidad con los establecido (sic) en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.
2. En consecuencia se sirva suspender los efectos de las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el 22 de marzo de 2017, y el Tribunal Administrativo de Sucre Sala Tercera de Decisión el 30 de noviembre de 2017, hasta tanto se resuelva por la autoridad judicial competente la acción que presentara esta Unidad dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de este fallo de tutela […]"
   * 1. TRÁMITE DE LA TUTELA

Mediante auto de 20 de junio de 2018 se admitió la acción de tutela promovida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social — UGPP, en contra del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo y del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión y se vinculó como tercero con interés en las resultas de este proceso, a fa señora Lucila del Carmen Mercado Garavito.

* + 1. LAS INTERVENCIONES

1. El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante mensaje electrónico informó que el proceso radicado bajo el número 2015-00213 se remitió mediante Oficio Nro. 0551 a la Secretaría General del Consejo de Estado, por correo certificado, en medio magnético (Folio 72).

IV.2. El Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, señora Lucila del Carmen Mercado Garavito, guardaron silencio.

* + 1. EL FALLO IMPUGNADO

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 26 de julio de 20181 resolvió DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela promovida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP — contra el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión y el Juzgado 1 0 Administrativo de Oralidad del administrativo los mismos argumentos alegados mediante el ejercicio de la acción de tutela, a fin de que se dejen sin efecto las providencias judiciales que considera ilegales y lesivas para el erario público, razón por la cual debe ser el juez ordinario y no el constitucional la autoridad judicial que los examine, pues de lo contrario, este último desplazaría al primero como juez natural de la causa y la acción de tutela perdería uno de sus rasgos distintivos como lo es la subsidiariedad.

Resaltó que la accionante cuenta con el recurso extraordinario de revisión para cuestionar la decisión que ahora reprocha por vía de tutela.

Precisó que en lo que respecta al término para la interposición de tal recurso, dependiendo de la causal alegada, el artículo 251 del CPACA fijó un plazo para tal fin, específicamente en relación con los casos previstos en el articulo 20 de la Ley 797 de 2003, que se refiere a la revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del Tesoro Público o de fondos de naturaleza pública. Indicó que en dichos eventos el recurso deberá presentarse dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos en que ella no se requiera, el recurso extraordinario se deberá incoarse dentro del mismo término pero contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.

Argumentó que de permitirse el ejercicio de la acción de tutela, sin el previo agotamiento de los recursos extraordinarios para que el juez estudie de fondo los argumentos de ilegalidad é inconstitucionalidad planteados por la entidad pública demandante, se estaría despojando al amparo previsto en el artículo 86 de la Carta Política de su naturaleza subsidiaria, e invadiendo el ámbito de competencia del juez ordinario.

Con ocasión del anterior planteamiento resaltó que tal como lo señaló la sentencia SU427 de 2016, proferida por la Corte Constitucional, "[...] ante la existencia de otro mecanismo judicial como lo es el recurso de revisión consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en principio, las acciones de tutela interpuestas por la UGPP para cuestionar las decisiones judiciales en las que presuntamente se haya incurrido en un abuso del derecho son improcedentes al tenor del artículo 86 de la Constitución […]".

Argumentó que ante la existencia de otro medio de defensa judicial, el amparo solo procedería de manera excepcional si se avizora una vulneración palmaria de los derechos fundamentales de la parte accionante, frente a lo cual el juez constitucional debe reemplazar al juez ordinario, a fin de comprobar la irregularidad alegada por la UGPP, lo cual no ocurre en el presente caso.

Luego de exponer los precedentes argumentos, la Sección Quinta del Consejo de Estado, concluyó en el fallo de tutela de primera instancia lo siguiente:

“[…]De esta manera, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial decantado por la Sala, se advierte que el recurso extraordinario de revisión es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, los cuales considera la UGPP que le fueron desconocidos en las providencias referidas.

Con sustento en el marco jurídico[[1]](#footnote-1) expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado considera que la UGPPI en cuanto atañe a [o planteado en el presente asunto, podrá ejercer et recurso extraordinario de revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 251 del CPACA.

Por lo tanto, es claro que la actora podrá presentar 'os argumentos esgrimidos en este trámite procesal a través del recurso extraordinario de revisión, mecanismo que resulta idóneo para controvertir las sentencias del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, y del Juzgado 1 0 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo a fin de solicitar la protección de sus derechos, como se ha explicado en esta providencia .[…]”

Con fundamento en las precedentes consideraciones determinó que en el asunto objeto de estudio no se cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que la UGPP podrá hacer uso, sino lo ha hecho, de un mecanismo de defensa judicial diferente a la solicitud de amparo constitucional, como lo es el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que la providencia cuestionada fue proferida el 30 de noviembre de 2017.

* + 1. LA IMPUGNACIÓN

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensiona' y Parafiscales de la Protección Sociales, solicita en el escrito de impugnación que se revoque el fallo impugnado, se conceda el amparo y se deje sin efectos las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, de 30 de noviembre de 2017, y por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de 22 de marzo de 2017, para que la Corporación Judicial accionada dicte un nuevo fallo ajustado a derecho disponiendo reliquidar la pensión de la accionante con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, respetando el régimen anterior pero teniendo como IBL el 75% del promedio devengado en los últimos 10 años de servicios certificados, incluyendo únicamente los factores señalados en el Decreto 1 158 de 1994.

Planteó que en el presente caso, pese a existir otro medio de defensa judicial, se está generando un perjuicio irremediable al erario público frente a situaciones donde se impone el pago de prestaciones periódicas que conllevaron a que se incrementara la mesada pensiona' de la causante, lo que constituye un evidente abuso del derecho, frente a lo cual no se puede declarar la improcedencia del amparo por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Reiteró que el Tribunal accionado desconoció el precedente jurisprudencial y, por tanto, incurrió en abuso del derecho por apartarse de las reglas fijadas en las sentencias C-258 del 7 de mayo de 2013, T-547 de 21 de julio de 2014, SU-053 de 2015, SU-230 de 2015 y SU-427 de 11 de agosto de 2016, proferidas por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Previa

La doctora María Elizabeth García González, Magistrada de la Sección Primera del Consejo de Estado, manifestó encontrarse impedida para actuar, por cuanto tiene un interés directo en las resultas del proceso dado que el asunto definido en la sentencia C - 258 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, guarda relación con el régimen pensional de los Congresistas y otros dignatarios del Estado, que de conformidad con lo previsto en la Ley 4a de 18 de mayo de 1992[[2]](#footnote-2) y el Decreto 1359 de 1993, está vinculado con el régimen pensional de los Magistrados de las Altas Cortes, habida cuenta de que este último se liquida teniendo como base los factores salariales previstos en el de aquéllos. Por tal motivo, considera encontrarse incursa en la causal de impedimento consagrada en el artículo 56, numeral 1 0 del Código de Procedimiento Penal[[3]](#footnote-3).

Ahora bien, cabe poner de presente que, como lo ha sostenido esta Sección[[4]](#footnote-4), para la configuración de dicha causal deben concurrir dos presupuestos i) el objetivo: consistente en que en la actuación intervenga el juez y/o uno de sus parientes en cierto grado determinado por la ley. Es suficiente que el impedido afirme la existencia del parentesco o la calidad de juez para que se configure la causal; y ii) el subjetivo: relacionado con el hecho de que el juez o sus parientes, tengan interés calificado en las resultas del proceso.

¿Este interés se presenta en variadas situaciones que deben identificarse en cada caso concreto, y tienen como común denominador que los sujetos de quienes se predica la causal puedan resultar afectados o favorecidos con la decisión?

En relación con éste último aspecto, el juez que estudia el impedimento debe valorar si quien lo manifiesta o su pariente, tiene un interés calificado en el resultado del proceso, aspecto que desde luego exige que en cada caso particular se haga una valoración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En el presente asunto, la Sala observa que, efectivamente, el alcance de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, tiene una relación directa con la liquidación de la pensión de vejez (Ley 4a de 1992[[5]](#footnote-5)); y, en consideración a que lo decidido en el proceso de la referencia podría afectar la situación personal de la Magistrada María Elizabeth García González, la Sala estima que se encuentran acreditados los presupuestos para que se declare fundado el impedimento manifestado por ella, y en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

VII.2. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, en contra de la sentencia proferida el 12 de julio de 2018, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991 [[6]](#footnote-6)

VII.3. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos planteados en la solicitud de amparo y teniendo en cuenta que corresponde al juez de tutela de segunda instancia verificar si el fallo impugnado carece de fundamento[[7]](#footnote-7) , la Sala debe establecer:

1. Si la acción de tutela presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, cumple los presupuestos generales de procedibilidad,
2. Si el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, al proferir la sentencia de 30 de noviembre de 2017, que confirmó la decisión de 22 de marzo de ese mismo año, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, que ordenó reliquidar y pagar la pensión de vejez a la señora Lucila del Carmen Mercado Garavito, teniendo en cuenta el 75% de lo percibido durante su último año de servicios, incurrió en un defecto sustantivo, en el desconocimiento del precedente y en la violación directa de la Constitución Política.

Con el fin de resolver este problema jurídico se harán previamente algunos planteamientos respecto de: i) los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; procediendo posteriormente a ii) resolver el caso concreto adentrándose en el fondo del asunto siempre y cuando se satisfagan los requisitos generales.

VII.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Requisitos generales y especiales de procedibilidad

En sentencia de 31 de julio de 2012[[8]](#footnote-8), la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió asumir el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas en contra de providencias judiciales violatorias de derechos fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

Ahora bien, la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció los siguientes presupuestos generales y especiales para que proceda la acción de tutela en contra de decisiones judiciales:

Como requisitos generales de procedibilidad fijó: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial, salvo la existencia de un perjuicio irremediable,' iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) si se trata de una irregularidad procesal, que esta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que la acción no se dirija contra un fallo de tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.

Como requisitos especiales de procedencia del amparo, y que permiten al juez constitucional dejar sin efectos una providencia judicial[[9]](#footnote-9), la sentencia C-590 de 2005 estableció la existencia de los siguientes defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución [[10]](#footnote-10)

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera "dejar sin efecto o modular la decisión[[11]](#footnote-11) que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01, Consejero Ponente, Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

VII.5 El caso concreto

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, ros cuales estima vulnerados por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, al proferir la sentencia de 30 de noviembre de 2017, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante la cual ordenó reliquidar y pagar la pensión de vejez a la señora Lucila del Carmen Mercado Garavito, teniendo en cuenta el 75% de lo percibido durante su último año de servicios.

Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, considera que la acción de tutela es improcedente porque no cumple el requisito de subsidiariedad, en tanto el accionante tiene otro medio de defensa judicial como lo es el recurso extraordinario de revisión.

De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entrará a examinar si se reúnen los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

VII.5.1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

En el presente caso la Sala encuentra que la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad por las razones que pasan a exponerse:

Actualmente la UGPP cuenta con otro medio de defensa judicial frente a la referida sentencia, como es el recurso extraordinario de revisión, establecido en los artículos 20 de la Ley 797 de 2003 [[12]](#footnote-12) y 248 de la Ley 1437 de 2011 , a través del cual puede controvertir la sentencia de 30 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, con sustento en el presunto abuso del derecho que, según su criterio, se presenta al ordenar la reliquidación de una pensión teniendo en cuenta el 75% de lo percibido durante su último año de servicios.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-427 de 2016, se refirió a la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar fallos que reconocieron pensiones fundadas en abuso del derecho, en los siguientes términos:

“[...] 7.22. Así las cosas, sólo hasta la expedición del artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 hubo claridad en cuanto al término para solicitar la revisión de providencias judiciales que reconocieron pensiones fundadas en abuso del derecho, por lo que esa es la disposición que debe regir la caducidad para casos como el estudiado por la Sala en esta oportunidad. En consecuencia, establecido el término de 5 años para incoar el instrumento de revisión, este Tribunal advierte que, para su contabilización, se fijó como parámetro la ejecutoria de la providencia judicial, el cual no puede servir como referente para determinar la caducidad respecto a la UGPP, en atención al estado de cosas inconstitucional que afrontaba Cajanal[[13]](#footnote-13) por lo que la Sala estima pertinente entender que el plazo para acudir a dicho instrumento debe iniciarse a contar no antes del día en que la demandante asumió fas funciones de esta última empresa, es decir, con posterioridad al 12 de junio de 2013.

7.23. Ahora, frente a la legitimación para interponer el recurso de revisión por fa configuración de un abuso del derecho, comoquiera que la Constitución no reguló la titularidad para interponerlo, debe entenderse que recae, además de los sujetos establecidos en la Ley 797 de 2003, en cabeza de las administradoras de pensiones encargadas del pago de las prestaciones periódicas reconocidas de manera irregular, pues son las primeras instituciones llamadas dentro del sistema pensiona/ a velar por su buen funcionamiento financiero[[14]](#footnote-14).

7.24. Por lo anterior, la Corte considera que la UGPP está legitimada para acudir ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado, según corresponda, e interponer el recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, con el propósito de cuestionar las decisiones judiciales en las cuales se haya incurrido en un abuso del derecho, en el entendido de que el término de caducidad de cinco años de dicho mecanismo no podrá contabilizarse desde antes del 12 de junio de 2013, fecha en la cual dicha entidad asumió la defensa -judicial de los asuntos que tenía a cargo Cajanal.

7.25. Así las cosas, ante la existencia (sic) otro mecanismo judicial como lo es el recurso de revisión consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en principio, las acciones de tutela interpuestas por la UGPP para cuestionar decisiones judiciales en las que presuntamente se haya incurrido en un abuso del derecho son improcedentes al tenor del artículo 86 de la Constitución […]".

En el mismo sentido, en la sentencia SU-395 de 2017, la Corte Constitucional reiteró que esta Corporación estableció explícitamente que las acciones de tutela contra una decisión judicial, promovidas por la Unidad Administrativa

Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- ante un presunto abuso del derecho por parte del pensionado y en defensa del sistema de seguridad social en pensiones, deben estimarse improcedentes, no por incumplimiento del requisito de inmediatez, sino de cara al principio de subsidiariedad, Ello, por cuanto entre las autoridades legitimadas para promover el recurso de revisión ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia está la UGPP, dada su calidad de administradora de pensiones a la que le corresponde velar por el buen funcionamiento financiero del sistema […]"

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011[[15]](#footnote-15), la entidad accionante cuenta con el término de cinco años, para presentar el recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, el 30 de noviembre de 2017; por lo que, existiendo otro medio de defensa judicial, la acción de tutela de la referencia resulta improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad.

Ante dicho panorama la Sala considera que la desatención de dicho requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, le impide continuar con el análisis de fondo respecto de los argumentos planteados por la entidad accionante, y confirmará la improcedencia de la solicitud de amparo, por las razones antes señaladas.

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

FALLA

Primero: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por la señora Consejera de Estado, doctora María Elizabeth García González, para intervenir en el proceso de la referencia.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 26 de julio de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha,

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Presidente

Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

1. Insiste la Sala en que este marco jurídico fue decantado. entre otras. en las providencias de: (i) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión Nro. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. Nro.11001-03-15-000-2014-03284-00; (ii) 7 de abril de 2015 sala Especial de Decisión Nro. 27.Consejero ponente €:Alberto Yepes Barreiro. Rad. Nro. 11001-03-15-000-2013-00577-00 y; (iii) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión Nro. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. Nro.11001- 03-15-000-2014-01918-00. [↑](#footnote-ref-1)
2. "Por la cual se señalan las normas objetivos y criterios que debe observar et Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el articulo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política". [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento: "1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguineidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal". [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 15 de diciembre de 2015. Rad.: 2013 - 6956. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. [↑](#footnote-ref-4)
5. "Mediante la cual se señalan las normas objetivos y criterios que debe observar et Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política". [↑](#footnote-ref-5)
6. 'Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política". [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 32 del Decreto Lev 2591 de 1991. [↑](#footnote-ref-7)
8. Radicación: 2009-01328-01 (IJ). Consejera Ponente: Dra. Maria Elizabeth Garcia González. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-619 de 2009. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de jurisdicción o competencia para ello.

    Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido. Defecto fáctico, que surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma. Defecto material o sustantivo, existe cuando las decisiones se fundamentan en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

    Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por las panes o intervinientes y ese engaño lo llevó a tomar una determinación que afecta derechos fundamentales.

    Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no expone los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada en la parte resolutiva de la providencia judicial.

    Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por esta Corte Constitucional a una disposición constitucional o derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

    Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando la actuación de la autoridad se opone de manera directa a las normas establecidas en la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-11)
12. ARTÍCULO 20. REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA. Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del [↑](#footnote-ref-12)
13. Reconocido por la Corte en las sentencias T-068 de 1 998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-1234 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en las que advirtió un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. Sentencias T-363 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-300 de 2014 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez). [↑](#footnote-ref-14)
15. “[…] En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco 5 años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio […]” [↑](#footnote-ref-15)