

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO DE REVISIÓN - Mecanismo idóneo para cuestionar las decisiones judiciales en las que se hayan reconocido pensiones con abuso del derecho

[P]ara la Sala es claro que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, por cuanto la UGPP puede hacer uso de un mecanismo de defensa judicial diferente a la solicitud de amparo constitucional, como lo es el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y 20 de la Ley 797 de 2003 y no lo hizo. Además, de los argumentos expuestos por la tutelante no se observa un flagrante abuso del derecho que haga procedente el amparo o, por lo menos el análisis de fondo, por lo que deberá ser el juez natural, esto es, el que conozca del recurso extraordinario de revisión, el que determine si hay lugar a acceder a los argumentos de la UGPP en torno a la prestación reconocida a un tercero. En tal sentido, solo de manera excepcional, esto es cuando se avizora una vulneración palmaria, cuestión que no ocurre en el caso concreto en el que a fin de determinar si existe una vulneración el juez de tutela, tendría que suplantar al del recurso extraordinario para determinar si se configura la vulneración alegada por la unidad. Sólo en caso de que la UGPP estime que con el fallo que se profiera en el ámbito del recurso extraordinario de revisión, se mantenga la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, podrá acudir a la acción de tutela atacando los vicios, que en su sentir, hayan incurrido las autoridades judiciales del proceso ordinario y de la revisión. 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.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - 248 / LEY 797 DE 2003 - ARTÍCULO 20

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2018-01892-01(AC)

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

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAQUETA Y OTRO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, contra la providencia del 10 de septiembre de 2018 proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Mediante escrito radicado el 6 de junio de 2018, en la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por intermedio del subdirector de Defensa Judicial Pensional, ejerció acción de tutela contra el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia y el Tribunal Administrativo del Caquetá con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Tales derechos y principios los consideró vulnerados con ocasión de la providencia proferida el 7 de diciembre de 2017, por el Tribunal Administrativo del Caquetá, que confirmó la decisión emitida el 11 de julio de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, que accedió a las pretensiones de la demanda promovida por la señora Luz Dary Cardona García, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 18 001 33 33 004 2016 00006 contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante, UGPP.

En consecuencia, la parte actora solicitó dejar sin efectos las sentencias del 11 de julio de 2017 y 7 de diciembre de 2017, emitidas por el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia y el Tribunal Administrativo del Caquetá y, se ordene proferir un fallo de reemplazo aplicando la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

«Primero: Conforme a lo 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 Ley 100 de 1993 y desconocer el precedente constitucional preferente y vinculante proferido por la sala plena de la Corte constitucional 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 CUARTO ADMINISTRATIVO DEL (sic) CAQUETÁ**, y **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAQUETÁ**, el 11 de junio de 2017 y 7 de diciembre de 2017 respectivamente, dentro del proceso contencioso administrativo No. 2016-00006.*

*b- Consecuentemente sirva **ORDENAR** al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAQUETÁ**, dictar nueva sentencia ajustada a derecho disponiendo liquidar la pensión de vejez de la señora **LUZ DARY CARDONA GARCIA** aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de respetar del régimen anterior lo*

que respecta a la edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de remplazo, pero teniendo en cuenta como IBL el promedio del tiempo que le hiciera falta o de los último 10 años conforme lo establece el inciso 3 y el artículo 21 de la referida norma, así como los factores salariales relacionados en el Decreto 1158 de 1994.

Tercero: De manera subsidiaria:

- a- En caso de que su despacho determine que procede alguna acción judicial contra las sentencias atacadas, sírvase amparar los derechos invocados de manera TRANSITORIA de conformidad con los establecidos en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.*
- b- En consecuencia se sirva suspender los efectos de las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Administrativo del Caquetá (sic), y Tribunal Administrativo del Caquetá el 11 de julio de 2017 y 7 de diciembre de 2017, respectivamente, hasta tanto se resuelva por la autoridad judicial competente la acción que presentara (sic) esta Unidad dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del fallo de tutela».*

2. Hechos

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

La tutelante señaló que la señora Luz Dary Cardona García prestó sus servicios al Estado en la Universidad Amazonia, siendo el último cargo el de docente, entidad en la cual laboró desde el 20 de febrero de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2017, adquiriendo su estatus pensional el día 19 de enero de 2009.

Indicó que mediante Resolución RDP 006198 del 16 de febrero de 2015, la UGPP le reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a la señora Cardona con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio conforme con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, efectiva a partir del 1 de octubre de 2014.

Manifestó que a través de las Resoluciones RDP 041325 y 015007 del 7 de octubre de 2015 y 20 de noviembre 2015, respectivamente la UGPP negó la petición de reliquidación de pensión que presentó la señora Luz Dary Cardona García.

Alegó que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la mencionada señora presentó demanda contra la UGPP con el propósito que se declarara la nulidad de esos actos administrativos y, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se condenara a la entidad a reliquidar su pensión con el promedio de todos los factores devengados en el último año de servicio.

Manifestó que mediante sentencia del 11 de julio de 2017 el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, aplicó el fallo de unificación del 4 de agosto de 2010 proferido por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, accedió a las pretensiones, condenó a la UGPP a reliquidar la pensión de la señora Cardona García con el 75 % de todo lo devengado en el último año de servicio y, a su vez, autorizó a la entidad de previsión a hacer los descuentos de factores

sobre los que no se hubiera cotizado al sistema.

Mencionó que presentó recurso de apelación contra la decisión del Juzgado y, a través de sentencia del 7 de diciembre de 2017, el Tribunal Administrativo del Caquetá confirmó la decisión, desconociendo el precedente interpretativo de la Corte Constitucional, según el cual el IBL no hace parte del régimen de transición contemplado en el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que únicamente deben tenerse en cuenta factores salariales sobre los que se hubiera cotizado. Precedente que no solo es obligatorio, sino prevalente.

3. Sustento de la vulneración

Manifestó que el amparo constitucional solicitado, adquiriría relevancia constitucional, pues no solo se discute la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera, sino que además se ha generado una ostensible vía de hecho.

Aseveró que la tutela se interpuso en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, por lo que cumple con el requisito de inmediatez.

Invocó la existencia de un **defecto sustantivo**, pues consideró que los factores salariales que se debían aplicar son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, ya que la causante adquirió su estatus de pensionado en vigencia de dicha norma.

Indicó que las autoridades judiciales accionadas **desconocieron el precedente judicial** sobre la materia, en la medida en que la Corte Constitucional ha indicado que el ingreso base de liquidación pensional - IBL se rige en estricto sentido por el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, conforme lo indican las sentencias C-258 de 2013, de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU 395 de 2017, con los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994.

Señaló que las sentencias objeto de discusión, incurrieron en **violación directa de la Constitución**, por aplicar una disposición normativa e interpretarla desconociendo el precedente constitucional establecido sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la forma de liquidar las pensiones, sujetas al régimen de transición. Adicionalmente afirmó que las providencias que se cuestionan incurren en un abuso del derecho, pues afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Admisión de la tutela

Mediante auto de 12 de julio de 2018¹, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, admitió la acción de tutela y, ordenó notificar a las partes, a la señora Luz Dary Cardona García, como tercero con interés en las resultas del proceso, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quienes se les remitió copia de la demanda, para que directamente o a través de apoderado judicial ejercieran su derecho a la defensa.

Los Magistrados Julio Roberto Piza Rodríguez y Stella Jeannette Carvajal Basto,

¹ Folio 57.

integrantes de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, manifestaron su impedimento para conocer del asunto, los cuales se declararon fundados en el mismo auto, en el que además se ordenó el sorteo de un conjuer para integrar el quórum necesario.

4.2. Contestación de las autoridades judiciales accionadas

No obstante haber sido notificados², no obra en el expediente manifestación de las autoridades judiciales accionadas.

4.2.1. Luz Dary Cardona García

Mediante apoderado manifestó que se opone a las pretensiones de la tutela, pues de prosperar, se estarían vulnerando derechos esenciales como la primacía de la realidad sobre las formas, de favorabilidad, de progresividad, derechos adquiridos y de inescindibilidad en materia laboral.

Aseveró que la UGPP está incurriendo en una flagrante violación del debido proceso, actuando con temeridad y abuso del derecho a litigar, no solo porque está usando la tutela para que se reabra un debate judicial culminado, sino que desconoce jurisprudencia unificada del Consejo de Estado que ha sido clara y reiterada desde el 4 de agosto de 2010, la que da derecho, a quienes les aplica la Ley 33 de 1985 por ser beneficiarios del régimen de transición, que su pensión se reconozca con la totalidad de lo devengado en el último año de servicio, como se determinó en las providencias cuestionadas.

5. Sentencia de Primera Instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia del 10 de septiembre de 2018, declaró improcedente la solicitud de amparo, al establecer que la accionante cuenta con otro medio de defensa idóneo y eficaz para materializar su pretensión.

Como fundamento de dicha decisión, expresó en resumen lo siguiente:

Manifestó que si la UGPP estima que la autoridad judicial cuestionada, en su decisión incurrió en abuso del derecho, podrá acudir, como lo habilitó hacerlo la sentencia SU - 427 de 2016, al recurso especial de revisión consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Precisó que el Acto Legislativo 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso que la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho y, que si bien ese precepto constitucional no ha sido desarrollado mediante una ley, el ordenamiento jurídico consagró para esos fines el recurso especial de revisión, previsto en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, y conforme el artículo 251 del CPACA ese mecanismo debe presentarse dentro de los 5 años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial.

Puso de presente, que de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, en la sentencia antes citada, 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

² Folios 59 a 64.

de la constitución.

Afirmó que la UGPP cuenta con otro medio de defensa al que puede acudir y así solicitar que se revisen las providencias judiciales que cuestiona.

Aseveró que no observa la existencia de un perjuicio irremediable que amenace la sostenibilidad financiera del sistema pensional, por el hecho que deba reliquidarse la pensión de la señora Luz Dary Cardona en los términos que el Tribunal accionado confirmó lo resuelto en primera instancia. Por lo que aseguró que ni de manera transitoria procedería el amparo constitucional.

En razón a lo expresado, resolvió declarar improcedente la tutela por no cumplir con el requisito general de procedibilidad de subsidiariedad.

6. La Impugnación

El 20 de septiembre de 2018³, mediante escrito remitido por correo electrónico a la Secretaría General del Consejo de Estado, la parte actora impugnó el fallo de primera instancia proferido el 10 de septiembre del año en curso por la Sección Cuarta de esta Corporación, a través del cual declaró improcedente el amparo solicitado en la presente acción⁴ de tutela. Bajo las siguientes razones:

Mencionó que de acuerdo con la sentencia de unificación SU - 427 de 2016 de la Corte Constitucional, se debe iniciar la acción de tutela como mecanismo eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, ante la existencia de un abuso palmario del derecho.

Por lo anterior, consideró que no debe agotar el requisito de subsidiariedad para que proceda el amparo de sus derechos fundamentales, pues en el caso concreto, las autoridades judiciales accionadas interpretaron de manera errada la aplicación del IBL y desconocieron flagrantemente el precedente constitucional.

Finalmente, reiteró las pretensiones del escrito inicial de tutela y solicitó que de forma subsidiaria se revoque el fallo impugnado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 10 de septiembre de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003⁵ de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

³ Folio 160, respecto de la oportunidad de la impugnación se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada mediante correo electrónico enviado el 18 de septiembre de 2018 a la dirección suministrada por el apoderado de la parte actora.

El término de tres (3) días para instaurar la impugnación inició al día siguiente de la notificación – 19 de septiembre de 2018 - y venció al tercer día, esto es, el 21 de septiembre del 2018, como la impugnación en contra de la sentencia de primera instancia fue presentada el 20 de septiembre de 2018, es claro que resulta oportuna, razón por la cual será estudiada.

⁴ Folios 150-154.

⁵ "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado".

Corresponde a la Sala determinar si, de conformidad con los argumentos de la impugnación, hay lugar a revocar, modificar o confirmar la decisión de primera instancia del 10 de septiembre de 2018, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, para lo cual se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva; **(iii)** inmediatez **(iv)** subsidiariedad; y de encontrarse superados **(v)** caso concreto.

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012, mediante el cual unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se tiene lo siguiente:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.»

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los «...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...».

Es claro 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, la procedencia de esta acción contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez y iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de

los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará improcedente el amparo y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «tercera instancia» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

3.2. Estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva

La Sala analizará si la presente acción cumple con los siguientes requisitos **i)** que no se trate de tutela contra tutela, **ii)** la inmediatez y **iii)** la subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección de los derechos que se dicen vulnerados. Por lo anterior, se verificará en esta instancia, los requisitos en mención.

De manera preliminar, se establece que la acción de tutela de la referencia no se dirige contra una sentencia de tutela, puesto que las providencias que censura la parte actora fueron proferidas en sede del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la radicación 18001-33-40-004-2016-00006-00

En lo que respecta a la acreditación del requisito de **inmediatez**, la Sala encuentra que la decisiones enjuiciadas fueron proferidas el **11 de julio de 2017** y **7 de diciembre de 2017**, esta última fue notificada por correo electrónico el 17 de enero de 2018 cobrando fuerza ejecutoria el día 22 del mismo mes y año, en los términos del artículo 302 del Código General del Proceso. Luego comoquiera que la acción de tutela se interpuso el **6 de junio de 2018**, esto es, transcurridos 4 meses y 15 días, resulta un término que a juicio de la Sala es razonable, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional.

Lo anterior, quiere decir que este requisito se encuentra debidamente acreditado, por la parte accionante.

En cuanto al requisito de procedibilidad adjetivo de la **subsidiariedad**, cabe indicar que, para este específico caso, el requisito referido no puede darse por superado⁶:

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional y esta Corporación han señalado el carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia como mecanismo residual, de modo que para que esta acción sea procedente se requiere el

⁶ Sobre el asunto se pueden consultar las siguientes sentencias de tutela, en todos, el actor fue la UGPP, entre ellas las siguientes: Enero 25 de 2018, expediente No. 11001-03-15-000-2017-02143-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Diciembre 18 de 2017, tutela No. 11001-03-15-000-2017-02866-00, C.P. Rocío Araújo Oñate; de esa misma fecha, radicado No. 11001-03-15-000-2017-02215-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Octubre 11 de 2017, proceso No. 11001-03-15-000-2017-02213-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

agotamiento de los medios judiciales ordinarios y extraordinarios para la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

En relación con este aspecto, se retoman los argumentos de la sentencia SU - 427 de 2016, frente a la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar sentencias que reconocieron pensiones fundadas en abuso del derecho, sostuvo:

“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 Cajanal⁷, 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 las 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 la 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 pensional a velar por su buen funcionamiento financiero⁸.

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”.

⁷ Reconocido por la Corte en las sentencias T-068 de 1998 (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.

⁸ Cfr. Sentencias T-363 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-300 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

A su vez, en dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional también estableció que a pesar de que la UGPP podía acudir al recurso extraordinario de revisión previsto en la citada norma, cuando se evidenciara palmariamente la ocurrencia de un abuso del derecho procedía la tutela como mecanismo preferente, situación que en el caso *sub examine* **no se advierte**, por cuanto la liquidación de una pensión, ya reconocida en acatamiento de las normas y jurisprudencia que incluyan nuevos factores salariales y variación periódica, implica necesariamente un aumento de su cuantía pensional.

Por lo expuesto, se demuestra que el recurso extraordinario de revisión constituye un mecanismo idóneo y eficaz para controvertir las sentencias de las autoridades judiciales accionadas y procurar la protección de los derechos fundamentales de la UGPP, alegados como desconocidos en la solicitud.

No obstante, la entidad no ha hecho uso del recurso sino que acudió directamente al juez constitucional a presentar la acción de tutela el 6 de junio de 2018 sin advertir el principio de la subsidiariedad.

Dicha situación resulta inadmisibles debido a que la tutela, como se advirtió, es un mecanismo residual que no puede ser utilizado para suplantar la competencia de los jueces naturales, o para obviar los trámites ordinarios y extraordinarios que la legislación ha dispuesto para resolver estos casos.

Por esa razón, para la Sala es claro que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, por cuanto la UGPP puede hacer uso de un mecanismo de defensa judicial diferente a la solicitud de amparo constitucional, como lo es el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y 20 de la Ley 797 de 2003 y no lo hizo.

Además, de los argumentos expuestos por la tutelante no se observa un flagrante abuso del derecho⁹ que haga procedente el amparo o, por lo menos el análisis de fondo, por lo que deberá ser el juez natural, esto es, el que conozca del recurso extraordinario de revisión, el que determine si hay lugar a acceder a los argumentos de la UGPP en torno a la prestación reconocida a un tercero.

En tal sentido, solo de manera excepcional, esto es cuando se avizora una **vulneración palmaria**, cuestión que no ocurre en el caso concreto en el que a fin de determinar si existe una vulneración el juez de tutela, tendría que suplantar al del recurso extraordinario para determinar si se configura la vulneración alegada por la unidad.

Sólo en caso de que la UGPP estime que con el fallo que se profiera en el ámbito del recurso extraordinario de revisión, se mantenga la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, podrá acudir a la acción de tutela atacando los vicios, que en su sentir, hayan incurrido las autoridades judiciales del proceso ordinario y de la revisión.

⁹ Se debe tener presente la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, accionante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro; C.P. César Palomino Cortés, especialmente el ordinal tercero de la parte resolutive, el cual preciso, que las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

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.

En consecuencia, por las razones expuestas en líneas anteriores, la Sala confirmará la improcedencia de la presente acción.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 10 de septiembre de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta providencia 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, dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero