

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Improcedente por incumplir requisito de subsidiariedad / SUBSIDIARIEDAD - Recurso extraordinario de revisión es el mecanismo idóneo

Encuentra la Sección que si bien el estado de cosas inconstitucional resulta una justificación admisible para que la UGPP no haya agotado los medios ordinarios de defensa que tuvo a su alcance esta o en ese entonces Cajanal EICE - Liquidada para atacar la decisión judicial censurada... esto es, haber interpuesto el recurso de apelación previsto en el artículo 243 del CPACA. La misma declaratoria no puede ser tenida como una excusa válida para que la unidad no interponga, hoy en día, el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 248 y siguientes del mismo cuerpo normativo, del que dispone para solicitar la revisión de la providencia que asegura vulnera sus derechos fundamentales y afecta la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones... la Sección Quinta quiere llamar la atención sobre la existencia del recurso extraordinario de revisión, mecanismo judicial que permite a la UGPP exponer ante el juez contencioso administrativo los mismos argumentos que vía acción de tutela pretende esbozar para que se infirme una sentencia judicial que considera ilegal y lesiva para el erario público, razón por la cual, debe ser el juez ordinario y no el constitucional el que los examine, pues de lo contrario, este último desplazaría al primero como natural de la causa y la acción de tutela perdería uno de sus rasgos distintivos, la subsidiariedad... De acuerdo con lo expuesto en precedencia, concluye la Sección Quinta del Consejo de Estado, que para este caso particular el recurso extraordinario de revisión es un mecanismo idóneo y eficaz con miras a controvertir la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena y, en consecuencia, idóneo y eficaz para proteger los derechos invocados por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social - UGPP. Ello se debe a que una vez analizadas las particularidades del asunto y a pesar de la declaratoria de cosas inconstitucional que invoca la UGPP, se tiene que la violación alegada frente a los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, es susceptible de ser conjurada de manera integral dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión, toda vez que en caso de prosperar el recurso se infirmaría la sentencia acusada y se restaurarían de forma suficiente y oportuna los mismos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 243 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 248

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos generales de procedencia y las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, ver la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional. En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), M.P. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En relación con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez cuando una de las partes es la UGPP, la Corte Constitucional mediante sentencia T-835 de 2014,

señaló que existe una justificación para la inactividad debido a que se presentó un estado de cosas inconstitucional que terminó con la liquidación de CAJANAL. Posteriormente en las sentencias T-893 de 2014 y T-287 de 2015, dictadas por otra Sala de revisión, expuso otra postura, para indicar que la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de CAJANAL por parte la UGPP no es razón suficiente para superar los mencionados requisitos. Pese a lo anterior, la Sección Quinta acogió la postura de flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad mediante sentencia de 14 de mayo de 2015, exp. 25000-23-42-000-2015-01446-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro (E)

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Medio de defensa idóneo y eficaz para evitar la vulneración del derecho fundamental / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Noción / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales adicionales: cuando se revisan providencias judiciales que reconocen sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública / CAUSALES ADICIONALES - No pueden ser alegadas o invocadas por cualquiera de las partes del proceso

En consonancia con lo anterior recuerda la Sección que el recurso extraordinario de revisión, regulado en los artículos 248 y siguientes del CPACA, es un medio de impugnación excepcional que permite revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo amparadas por la intangibilidad de la cosa juzgada e infirmarlas ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas por incurrir en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley. De acuerdo con el artículo 248 del CPACA 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 y, debe interponerse mediante demanda que debe reunir los requisitos prescritos por el artículo 162 de ese mismo Estatuto Procesal, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañada de los documentos necesarios y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y pretenda hacer valer... Las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, están enlistadas de manera taxativa en el artículo 250 del CPACA... Con el artículo 250 ejusdem el legislador adicionó supuestos de procedencia del recurso extraordinario adicionales a los ya previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, norma en la que se reguló la revisión de providencias judiciales que reconocen sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública por la ocurrencia de dos causales... Esta disposición... contempla una acción de revisión sui generis porque tiene en los sujetos que la pueden instaurar como en las causales y finalidad que, no es otra que la protección y recuperación del patrimonio público, sus signos distintivos frente a la revisión que regulan los estatutos de procedimiento civil y el administrativo, que buscan, en términos generales, el restablecimiento de la justicia material. Resulta pertinente aclarar que, a diferencia de lo que ocurre con las demás causales de revisión, las que fueron creadas por el legislador en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, no pueden ser alegadas o invocadas por cualquiera de las partes hicieron parte del proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 162 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 250 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 252 / LEY 797 DE 2003 - ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Sobre el recurso extraordinario de revisión, ver la sentencia de 12 de julio de 2005, exp. REV-00143, reiterada en sentencia de 18 de octubre de 2005, exp. REV-00226, de la Sala Plena del Consejo de Estado. En el mismo sentido, consultar las sentencias C-418 de 1994 y T-966 de 2005, de la Corte Constitucional. En relación con la solicitud de revisión por las causales adicionales cuando se revisan providencias judiciales que reconocen sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, ver la sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social está facultada expresamente para hacer uso del recurso cuando se configuran causales adicionales

El inciso 1 del precepto legal mencionado restringió las autoridades o sujetos legitimados para interponer los recursos extraordinarios de revisión contra sentencias, conciliaciones y transacciones que hayan decretado o acordado reconocimientos que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza al Gobierno Nacional, Contralor General de la República y Procurador General de la Nación. Una lectura aislada de esta norma, llevaría a concluir que la UGPP no tendría legitimidad para interponer un recurso de revisión con fundamento en las causales de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, advierte la Sección Quinta que el numeral 6 del artículo 6 del Decreto 5021 de 2009, señaló como de las funciones de la UGPP Adelantar o asumir, cuando haya lugar, las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 o normas que la adicionen o modifiquen. Es decir, que este decreto facultó expresamente a la UGPP para hacer uso de la revisión cuando de las causales del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, se tratara.

FUENTE FORMAL: DECRETO 5021 DE 2009 - ARTICULO 6 - NUMERAL 6

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Término para interponerlo / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Constituye un nuevo proceso y no una instancia adicional

En lo que respecta al término para la interposición del recurso dependiendo de la causal alegada, el artículo 251 del CPACA fijó un plazo para su interposición, específicamente en relación con 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... el recurso extraordinario de revisión constituye un nuevo proceso y no una instancia adicional en la que los interesados pueden plantear el asunto objeto del litigio original. Pese a su nombre -recurso extraordinario-, este se inicia con una demanda contra la sentencia, la que está sujeta a una serie de requisitos que deben ser observados para su admisibilidad y procedencia, es decir, es un medio de control más que consagró el legislador en la jurisdicción contencioso administrativa. Huelga advertir como una nota al margen, que el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, al hacer referencia a este recurso al igual que lo hacía el Código de Procedimiento Civil que aquel modificó, señala que este se debe interponer por medio de una demanda, artículos 357 y 382 respectivamente. En otros términos, el recurso es, se repite una verdadera acción o medio de control. En consecuencia, a partir del auto de la Sala Plena del

12 de agosto de 2014, quedó claro que el mencionado recurso es un nuevo proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 251

NOTA DE RELATORIA: El Consejo de Estado había acogido la tesis según la cual los recursos extraordinarios no se podían entender como una actuación ajena e independiente del proceso de origen, razón por la que se aplicaba la legislación que rigió el proceso en donde se emitió el fallo objeto del recurso. Sin embargo, en reciente decisión, providencia de 12 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2013-02110-00, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, la Sala Plena Contenciosa modificó la postura expuesta, para indicar que el recurso extraordinario de revisión constituye un nuevo proceso y no una instancia adicional en la que los interesados pueden plantear el asunto objeto del litigio original.

PERJUICIO IRREMEDIABLE - Inexistencia

Ahora bien, en relación con el argumento referido a la procedencia del recurso de amparo constitucional como mecanismo transitorio, la parte actora asegura que en su caso se presentan todos los elementos para concluir que se está ante un perjuicio irremediable, sin embargo, para esta Sección el pago de una condena impuesta por una sentencia judicial no puede considerarse como un perjuicio de la mencionada naturaleza de cara los derechos fundamentales alegados, pues los mismos, como se mencionó, podrán ser garantizados de manera íntegra en el trámite del recurso extraordinario. En tal medida, solo en caso de que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social - UGPP considere que con el fallo proferido por el juez administrativo en el marco del recurso extraordinario de revisión se mantiene o perpetúa la vulneración de sus derechos fundamentales podrá acudir a la acción de tutela atacando los vicios que considere contienen las providencias de nulidad y restablecimiento del derecho y de la revisión. Lo contrario, es decir, permitir que vía acción de tutela y sin el previo agotamiento de los recursos extraordinarios el juez constitucional evalúe los argumentos de ilegalidad e inconstitucionalidad planteados por la parte actora implicaría despojar a la acción de tutela de su naturaleza subsidiaria e invadir de lleno la competencia del juez ordinario en la materia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2015-00766-01(AC)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

Demandado: JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

La Sala decide la impugnación interpuesta por la entidad accionante contra la sentencia de 16 de diciembre de 2015, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Bolívar “*rechazó por improcedente*” la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a través de su Subdirector Jurídico¹, presentó el 25 de noviembre de 2015 acción de tutela en contra del Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, autoridad judicial que conoció del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 13001-33-31-008-2011-00025 iniciado en su contra por la señora Cristina Rodríguez Cisneros.

Lo anterior, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, que considera vulnerados como consecuencia de la decisión adoptada en sentencia de 2 de febrero de 2012 que accedió a las pretensiones de la demanda.

1.2. Hechos:

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- La señora Cristina Rodríguez Cisneros nació el 20 de junio de 1945² y laboró como Auxiliar de Enfermería para la E.S.E. San Juan de Dios del municipio de Mompos desde el 1 de abril de 1968 hasta el 2 de julio de 1999 cuando presentó renuncia, aceptada mediante Resolución No. 697 de 13 de junio de 1999.
- Con Resolución No. 19818 de 30 junio de 1998 Cajanal E.I.C.E. reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez en cuantía de \$202.595,37 efectiva a

¹ Apoderado judicial del UGPP según consta en Escritura Pública No. 2425 de 20 de junio de 2013 (folios 25 a 27 del expediente).

² El 20 de junio de 1995 la actora cumplió 55 años adquiriendo su status pensional.

partir de 1° de agosto de 1996 condicionada a demostrar el retiro del servicio oficial, para estos efectos de la liquidación se calculó el 75% del promedio de lo devengado por la actora entre 1° de abril de 1994 y el 20 de junio de 1995, esto es, *“el tiempo que le hacía falta para adquirir su derecho pensional”*.

- Posteriormente, por Resolución No. 10031 de 30 de abril de 2001 se ordenó reliquidar la pensión de vejez, a la cuantía de \$479.187,01 a partir de 2 de junio de 1999, teniendo en cuenta nuevos tiempos de cotización y el 75% del promedio de lo devengado por la señora Rodríguez Cisneros del 1° de abril de 1994 y el 1° de julio de 1999.
- Mediante escrito presentado el 24 de agosto de 2009³ la actora pidió a Cajanal E.I.C.E. en Liquidación, la reliquidación de su pensión de vejez *“teniendo en cuenta el último año de servicios y todos los factores que constituían salario”*, con sustento en lo expuesto en los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 73 del Decreto 1848 de 1969, 45 del Decreto 1048 de 1975 y las consideraciones expuestas en la sentencia T-1036 de 1995 de la Corte Constitucional.
- Ante el silencio de la entidad, la señora Cristina Rodríguez Cisneros interpuso recurso de reposición frente al acto ficto presunto que negó su reliquidación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. PAP 8814 de 11 de agosto de 2010 para negar la reliquidación.
- Con sustento en los anteriores hechos la accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que solicitó que se declarara la nulidad del acto administrativo que negó la reliquidación (Resolución No. PAP 8814 de 11 de agosto de 2010) y las Resoluciones No. 19818 de 30 de junio de 1998 y No. 10031 de 30 de abril de 2002.

Esto por considerar que con los actos administrativos mencionados se aplicó de manera indebida el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con ello se desconocieron los derechos que le asistían por ser beneficiaria del régimen de transición, en virtud del cual, su pensión debía reliquidarse *“...con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios en aplicación de lo señalado en el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985”*⁴ e

³ Folios 41 a 45 del expediente.

⁴ Ley 33 de 1985 *“por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”* Artículo 1°.- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y*

incluyendo todos los factores devengados “... tales como auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores de salario, los cuales se encuentran expresamente señalados en el artículo 45 del [Decreto 1045 de 1978⁵...”

- La demanda fue radicada con el número 13001-33-31-008-2011-00025-00 y correspondió su trámite en primera instancia al Juzgado Octavo Administrativo Cartagena que en sentencia de 2 de febrero de 2012 declaró⁶:

“... SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 8814 de 11 de agosto de 2010, mediante al cual la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. en liquidación resolvió recurso de reposición confirmándolo en todas y cada una de sus partes.

TERCERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No.10031 de 30 de abril de 2002 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, mediante la cual se le reconoció al pensión de vejez de la actora, en lo que respecto al periodo de liquidación y los factores a tener en cuenta.

CUARTO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho condénese a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. a reliquidar la pensión de vejez de la señora Cristina Rodríguez Cisneros (...) equivalente al 75% de todos los factores salariales devengados en

cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno **Parágrafo 1º.** Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”

⁵ **Decreto 1045 de 1978** “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional” Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.

⁶ Folios 46 a 62 del expediente de tutela.

el último año de servicios, los cuales están constituidos además de sueldo básico por auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad y horas extras.

QUINTO: Condenase a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. a pagar a la demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de vejez, a partir del 23 de octubre de 1997 (...) ajustándola a los términos del artículo 178 del CCA...”.

Como sustento de su decisión el juez administrativo expuso que a la señora Cristina Rodríguez, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le eran aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 para el reconocimiento y pago de su pensión, de conformidad con las cuales la liquidación de las pensiones se efectuaba a partir de los factores devengados que sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicio.

Agregó que, teniendo en cuenta que las normas citadas no consagraron la forma de liquidar la pensión cuando el empleado a quien se le ha reconocido el derecho a la pensión continúa activo laboralmente, debía acudir, como lo hizo el Consejo de Estado en sentencia de 7 de julio de 2005⁷, a lo dispuesto por el artículo 10° del Decreto 1160 de 1989 que señalaba que los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hubiesen retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidaría dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

El artículo 10° mencionado dispone: *“Reliquidación de la pensión de jubilación. Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. **Parágrafo-** La reliquidación de la pensión de que trata el presente artículo, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles, cuando a éstas hubiere lugar”*

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A". Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla. Rad. No: 25000-23-25-000-2000-00070-01(2100-04). Actor: Jairo de Jesus Velandia Ulloa. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

Consideró que la liquidación de la pensión de la actora debió hacerse teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios –factores salariales y prestacionales- que fueron percibidos por aquella de 1° de junio de 1998 a junio de 1999, cuando se produjo su retiro definitivo del servicio.

Adicionalmente y a título de restablecimiento del derecho ordenó; (i) **reliquidar** la pensión según los términos legales con retroactividad al **20 de junio de 1995** fecha en la que la señora Cristina Rodríguez adquirió su status pensional y; (ii) **pagar** únicamente las sumas causadas con posterioridad al **23 de octubre de 1997**, teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación de la actora fue radicada el 23 de octubre de 2000 y, por tal razón, frente a las sumas de los años anteriores había operado la prescripción trienal.

- La anterior decisión no fue objeto de ningún recurso por parte de Cajanal y cobró ejecutoria el 24 de febrero de 2012.
- La UGPP dio cumplimiento a la sentencia administrativa con Resolución No. RDP 025778 de 6 de junio de 2013⁸ y, en consecuencia: (i) reliquidó la pensión de la actora a \$706.451 pesos, efectivo a partir de 23 de octubre de 1997 y; (ii) ordenó el pago de las diferencias previa liquidación del área de nómina y con observancia del turno respectivo.
- De acuerdo con el cómputo efectuado por la UGPP⁹ la diferencia entre la mesada efectivamente devengada por la señora Rodríguez y la que debía pagarse después de la reliquidación ordenada por el juzgado, desde el 23 de octubre de 1997 hasta el 1 de febrero de 2012, a la actora se le pagó, previos los descuentos de salud, \$218.667.771,13 pesos.

1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, al conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 13001-33-31-008-2011-00025-00 iniciado en su contra por la señora Cristina Rodríguez Cisneros, incurrió en violación directa

⁸ Folios 64 a 71 del expediente.

⁹ Folios 72 a 77 del expediente.

de la constitución, en defecto material o sustantivo y desconocimiento del precedente.

En relación con la violación directa de la constitución y el defecto sustantivo, consideró que la decisión atacada desconoció lo dispuesto por los artículos 48 y 128 de la Constitución Política, 19 de la Ley 4° de 1992, 4° de la Ley 4 de 1996, el 5° del Decreto 1743 de 1996 y el 8° de la Ley 71 de 1988 y la sentencia C-133 de 1993, conforme a los cuales está prohibido que una persona perciba el pago de mesadas pensionales antes de la expedición del acto administrativo de retiro, dado que si la liquidación de la pensión se realizó con el último año de servicios (de 1° de junio de 1998 a julio de 1999), pero con efectividad a la fecha del status (20 de junio de 1995), la mesada pensional se incrementaría sin razón alguna.

Argumentó que “...un hecho es cumplir los requisitos que dice la ley para adquirir el status pensional que para el presente caso la señora Cristina Rodríguez Cisneros se dio el 1° de julio de 1999 (sic) [20 junio de 1995] y otro hecho muy diferente es la fecha en la que se hacer efectiva la pensión de vejez o se goza del derecho de manera efectiva que para el caso se dio el 1° de julio de 1999 fecha en la cual el solicitante se retiró definitivamente del servicio oficial”.

Respecto del desconocimiento del precedente, argumentó que, según lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de 26 de enero de 2006¹⁰ y la Corte Constitucional en la T-066 de 2010, el artículo 128 de la Constitución Política consagra una clara incompatibilidad estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales de conformidad con la cual se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario público, entendiéndose por asignación toda remuneración, sueldo, honorarios o mesadas pensionales de carácter periódico.

Adicionalmente, indicó que la orden del juzgado implicó que a la señora Rodríguez Cisneros se le haya pagado por concepto de retroactivos de mesadas pensionales unas sumas de dinero calculadas para un lapso de tiempo en el que al mismo tiempo se encontraba laborando al servicio del Estado.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección “A”, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. No. 25000-23-25-000-2011-00688-01 (058605)

Así lo manifestó:

*“Se deduce que el Juzgado 8 Administrativo de Cartagena, dentro del proceso instaurado por la señora Cristina Rodríguez Cisneros, es contrario a derecho, en razón a que **ordena la reliquidación desde la fecha de status, sin tener en cuenta que la causante posterior a su status continuó laborando hasta el 01 de julio de 1999, de acuerdo con el acto administrativo de retiro, generando con éste, un doble pago consistente en mesadas y el sueldo percibido mientras laboró, situación totalmente contraria al artículo 129 de la Constitución Política siendo clara la grave afectación al principio de la sostenibilidad financiera del sistema Pensional, debido proceso, defensa eficaz y demás derechos fundamentales vulnerados, adicionalmente, el Juez administrativo no aplica la prescripción trienal de acuerdo con la última solicitud de reliquidación, la cual fue radicada el 26 de agosto de 2009 y ordena realizar la liquidación en base al último año de servicio (1999) pero con efectividad del año 1997 (fecha de status) lo que genera un perjuicio actual en el sentido de pagar una mesada superior frente a la que realmente corresponde, como se observa en las graficas anteriores”***

Los cuadros a los que se refiere la unidad son los que se transcriben a continuación:

LIQUIDACIÓN DE LA MESASA PENSIONAL					
Conforme a la orden del fallo contencioso			Conforme lo considera correcto la UGPP		
AÑO	IPC	VALOR MESADA	AÑO	IPC	VALOR MESADA
1997	17.68	706,451.00			
1998	16.7	831,351.54			
1999	9.23	970,187.24	1999	9.23	706,451.00
2000	8.75	1,059,735.53	2000	8.75	771,656.43
2001	7.65	1,152,462.38	2001	7.65	839,176.36
2002	6.99	1,240,625.76	2002	6.99	903,373.36
2003	6.49	1,327,345.50	2003	6.49	966,519.15
2004	5.5	1,413,490.22	2004	5.5	1,029,246.25
2005	4.85	1,491,232.18	2005	4.85	1,085,854.79
2006	4.48	1,563,556.94	2006	4.48	1,138,518.75
2007	5.69	1,633,604.29	2007	5.69	1,189,524.39
2008	7.67	1,726,556.38	2008	7.67	1,257,208.33
2009	2	1,858,983.25	2009	2	1,353,636.20
2010	3.17	1,896,162.92	2010	3.17	1,380,708.93
2011	3.73	1,956,271.28	2011	3.73	1,424,477.40
2012	2.44	2,029,240.20	2012	2.44	1,477,610.41
2013	1.94	2,078,753.66	2013	1.94	1,513,664.10
2014	3.66	2,119,081.48	2014	3.66	1,543,029.19
2015		2,196,639.87	2015		1,599,504.05

Concluyó asegurando que el pago de la pensión, incorrectamente liquidada a favor de la señora Cristina Rodríguez, afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema pensional pues mensualmente se le paga de más la suma de \$597.135 pesos.

1.4. Pretensiones

Presentó las siguientes:

“1. Sean amparados los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, vulnerados por el Juzgado 08 Administrativo de Cartagena.

2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene dejar sin efectos el fallo proferido por el Juzgado 08 Administrativo de Cartagena dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Cristina Rodríguez Cisneros en contra de la Caja Nacional de Previsión, dado que va en contra de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al percibir un mayor valor del que efectivamente tiene derecho, conforme a lo señalado.

3. Que como consecuencia de lo anterior:

- a. Se sirva ordenar al Juzgado 08 Administrativo de Cartagena dictar nueva providencia ajustada a derecho teniendo de presente el ordenamiento jurídico aplicable a la pensión de la señora Cristina Rodríguez Cisneros.*
- b. Se deje sin efectos la Resolución No. RDP 025778 de 6 de junio de 2013 con la cual se dio cumplimiento a la sentencia dictada por el Juzgado 08 Administrativo de Cartagena”¹¹*

1.5. Trámite de la acción de tutela en primera instancia

Por auto de 2 de diciembre de 2015¹², se admitió la solicitud de tutela y ordenó su notificación a la parte actora y al Juez Octavo Administrativo de Cartagena, en su condición de autoridad judicial demandada para que, en un término de 2 días, rindieran informe sobre los hechos expuestos en la solicitud de amparo.

En la misma providencia, se vinculó a la señora Cristina Rodríguez Cisneros en calidad de tercera interesada en las resultas del proceso.

¹¹ Folios 20 anverso y 21.

¹² Folio 80 del expediente de tutela.

1.6. Contestaciones

1.6.1. Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena

Mediante escrito radicado el 9 de diciembre de 2015¹³, el titular del Despacho Judicial argumentó que la UGPP contó con el recurso de apelación, para manifestar su inconformidad frente a la decisión tomada en la sentencia del 2 de febrero de 2012, por lo que la acción de tutela no podía considerarse como procedente. De la misma forma, aseveró que la entidad cuenta con el recurso extraordinario de revisión para enmendar los errores que le imputaba a la decisión censurada.

Respecto de la decisión tomada en la providencia atacada, manifestó que no se configuró vía de hecho alguna, pues ésta presentó una argumentación razonable, no pudiéndose considerar como arbitraria. Afirmó que correspondió a una interpretación normativa ajustada a derecho, con fundamento en la ley aplicable al caso en concreto y respetando los lineamientos planteados por el Consejo de Estado. De la misma forma, explicó que la interpretación normativa hacía parte de la órbita propia del juez ordinario, y que, como no se evidenciaba una violación flagrante al debido proceso, no podía el juez constitucional invadir su competencia.

Finalmente concluyó que, al no cumplirse con el requisito de la subsidiariedad y al no encontrarse una trasgresión protuberante y grave de la normativa aplicable al caso en concreto, se debía declarar improcedente la acción de tutela de la referencia.

1.7. Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar mediante sentencia de 16 de diciembre de 2015¹⁴ “rechazó por improcedente” la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Lo anterior, por considerar que la parte actora no agotó los mecanismos de defensa dentro del proceso judicial, toda vez que contra la providencia acusada

¹³ Folios 87 a 92 del expediente.

¹⁴ Folios 470 a 475 del expediente.

era procedente el recurso de apelación previsto en el artículo 243 del CPACA, el cual no fue interpuesto.

1.8. Impugnación

Con escrito presentado el 19 de enero de 2016¹⁵ en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Bolívar, el Subdirector Jurídico¹⁶ de la UGPP impugnó la sentencia de tutela de primera instancia.

Argumentó que el juez a quo de tutela al “*rechazar por improcedente*” la tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pasó por alto que la Unidad no fue parte del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho por cuanto la sentencia acusada fue proferida el 2 de febrero de 2012, época para la cual la UGPP no había asumido la defensa judicial de la extinta Cajanal E.I.C.E., pues esto sucedió hasta el 12 de junio de 2013.

Agregó que cuando recibió el expediente de la señora Cristina Rodríguez Cisneros la sentencia ya estaba en firme y que exigirle a la extinta Cajanal E.I.C.E. o a la unidad haber agotado los recursos ordinarios desconoce la declaratoria de estado de cosas inconstitucional y el criterio de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con la necesidad de hacer menos severa la procedibilidad adjetiva de las acciones de tutela contra providencia judicial cuando la accionante es la UGPP quien busca corregir los yerros judiciales y salvaguardar el patrimonio público.

Finalmente, pidió revocar la sentencia de tutela de primera instancia y proceder al amparo de los derechos fundamentales de la unidad por haber incurrido en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, teniendo en cuenta además que no cuenta con ningún mecanismo de defensa judicial para evitar el perjuicio irremediable al erario público.

1.9. Trámite en segunda instancia

Mediante auto de 14 de marzo de 2016 el Despacho Ponente advirtió que a pesar de que por auto de 2 de diciembre de 2015¹⁷ el Tribunal Administrativo de Bolívar

¹⁵ Folios 123 a 137

¹⁶ Apoderado judicial del UGPP según consta en Escritura Pública No. 2425 de 20 de junio de 2013 (folios 25 a 27 del expediente).

admitió la solicitud de tutela y ordenó su notificación, entre otras, a la señora Cristina Rodríguez Cisneros en calidad de tercera interesada en las resultas del proceso, esta no fue efectivamente vinculada al trámite de la referencia por parte de la Secretaría General del tribunal.

En consecuencia se ordenó, por medio de la Secretaría General del Consejo de Estado, poner en conocimiento de la señora Cristina Rodríguez Cisneros la nulidad saneable que se presentaba en el proceso de la referencia para que en término de 2 días la alegara o saneara. Vencido el término otorgado la tercera interesada no hizo manifestación alguna por lo que la nulidad se entiende saneada.

El expediente regresó al Despacho para fallo el 12 de abril de 2016¹⁸.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 16 de diciembre de 2015, de conformidad con lo previsto por el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si de conformidad con los argumentos de la impugnación, procede a confirmar, modificar o revocar la providencia de 16 de diciembre de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que “*rechazó por improcedente*” la acción de tutela presentada por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones.

Para resolver este problema jurídico, se analizarán los siguientes aspectos: (i) criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia

¹⁷ Folio 80 del expediente de tutela.

¹⁸ Folio 164 del expediente de tutela.

judicial; (ii) los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; (iii) un análisis del caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹⁹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²⁰ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema²¹.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²².

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe***

¹⁹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

²⁰ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²¹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²² Se dijo en la mencionada sentencia: **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

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.²³ (Negrilla fuera de texto)

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

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

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014²⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁵ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue

²³ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁵ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión ha tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

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

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

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.4.1. En cuanto a los requisitos de **la inmediatez y la subsidiariedad** debe poner de presente la Sala que en anteriores oportunidades en relación con demandas de tutela instauradas por la UGPP había declarado improcedente la acción por encontrar que no concurría el primero y, en algunas ocasiones, el segundo.

Lo anterior, en consideración a que las demandas se presentaron transcurridos más de seis (6) meses desde la ejecutoria de las sentencias cuestionadas y desde que la entidad asumió la sucesión procesal de CAJANAL en Liquidación, lo cual acaeció el 12 de junio de 2013 y porque no se agotó al interior del proceso

ordinario correspondiente los recursos o mecanismos de defensa establecidos por el legislador.

No obstante, mediante notificación efectuada a la Sección Quinta del Consejo de Estado el día 23 de enero de 2015, la Corte Constitucional puso en conocimiento la sentencia T-835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante en la cual se acumularon los expedientes Nos. T-4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T-4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala, decidiendo dejar sin efectos, la sentencia dictada el 10 de enero de 2014.

En esta providencia para tener por superados los requisitos de subsidiariedad e inmediatez consideró la Corte Constitucional:

***“Deber de agotar todos los medios de defensa judicial a su alcance.** En relación con este requisito se debe destacar que en el expediente T-4.374.697, Cajanal no hizo uso de los medios de defensa judicial contra la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal; en cuanto al expediente T-4.422.174, Cajanal impugnó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Bucaramanga, sin que exista actuación posterior por parte de esa entidad. La Sala encuentra que en este caso existe una justificación para la inactividad, en gran medida, **debido al estado de cosas inconstitucional**, situación que terminó en su liquidación. Por tanto, este requisito en el caso en estudio no puede ser graduado con la misma intensidad y rigor que ordinariamente es exigido por la jurisprudencia de esta Corporación.*

***Al respecto, en la sentencia T-068 de 1998 la Corte resolvió decretar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en CAJANAL.** Dicha decisión sostuvo la existencia de un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, siendo esto un inconveniente general que afectaba a un número significativo de personas que buscaban obtener las prestaciones económicas a las que consideraban tener algún derecho.*

(...)

Dentro de este contexto, la Corte encuentra una justificación admisible que evitó que fueran agotados la totalidad de los medios ordinarios de defensa judicial con que contaba Cajanal para impugnar los respectivos fallos y, en tal consideración, tiene por superado este requisito de procedibilidad en la presente acción de tutela.

***Requisito de inmediatez.** Este presupuesto exige que la acción de tutela sea interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado,*

*a partir del hecho generador de la amenaza o violación del derecho fundamental, so pena de declararse improcedente*²⁶.

(...)

En los casos analizados la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante es permanente por tratarse del pago de prestaciones periódicas, aunado a que la UGPP asumió las funciones de defensa judicial de Cajanal el 11 de junio de 2013, por lo que no se está en presencia de un descuido de la administración. Así mismo, se debe tener en cuenta la grave afectación de los ingresos con los que se financia la prestación de los servicios de salud, por cuanto los aportes se destinan a financiar el sistema médico asistencial del afiliado pensionado, razones que explican el cumplimiento del requisito de inmediatez en el caso en estudio” (negrilla por fuera de texto).

2.4.2. Posteriormente, se advirtió que la Corte Constitucional, en sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015²⁷ dictadas por otra Sala

²⁶ Ver T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-546 de 2014, entre otras.

²⁷ “[...] **El agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios y el requisito de inmediatez. Reiteración sentencia T-893 de 2014.**

La sentencia T-893 de 2014, proferida por la Sala Novena de Revisión, conoció un caso de situaciones fácticas parecidas al aquí analizado, en esa oportunidad la acción de tutela fue interpuesta por la UGPP contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la sentencia proferida el juzgado el 27 de enero de 2012, en la cual le ordenó a CAJANAL “cesar todos los descuentos que viene efectuando con destino al Fosyga, con cargo a la nómina que como pensionada se le hace a la señora Nelly Jaramillo Bedoya (...).”

Luego de estudiar la procedencia de la acción de tutela, la declaró improcedente por incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, al respecto la providencia concluyó:

43. En suma, en criterio de la Sala Novena de Revisión la injustificada falta de interposición del recurso de apelación por parte de Cajanal EICE o la UGPP frente a la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal que condenó a la entidad a descontar de la pensión de la señora Nelly Jaramillo únicamente el 5% como aporte a seguridad social en salud, así como la tardanza en presentar la acción de tutela contra dicha providencia, conducen a la improcedencia de la acción de la referencia por el incumplimiento de los presupuestos procesales de subsidiariedad e inmediatez.

44. Para esta Sala de la Corte la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de Cajanal por parte de la UGPP, no representa una razón suficiente que exculpe por sí sola la falta de agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial (recurso de apelación) y la tardanza en la interposición de la acción de tutela contra la providencia atacada por vía constitucional en esta oportunidad (inmediatez).

45. Finalmente, la UGPP no demostró en el proceso de tutela una situación fraudulenta que incidiera en el juicio de inmediatez y subsidiariedad, aspecto que de haberse verificado habría podido conducir a una conclusión distinta frente a la procedibilidad de la acción. La entidad únicamente se refirió a situaciones de “abuso del derecho” y “fraude a la ley”, pero no allegó al expediente providencias disciplinarias o penales que acreditaran situación irregular alguna en este caso específico¹¹ {²⁷}.

46. Por las razones expuestas, la Sala Novena de Revisión confirmará la sentencia de instancia dictada en el trámite de la referencia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

La Sala Segunda de Revisión adopta la posición asumida por la Sala Novena de Revisión, encontrando incumplidos dos de los requisitos generales de procedencia, el de la inmediatez y el de la subsidiariedad...” (Subrayado no es del texto original). Más adelante, en la citada sentencia, indicó: “... 4.4. Todo lo anterior no excluye la posibilidad de defensa de la UGPP frente a situaciones de fraude debidamente comprobadas, para lo cual deberá anexar a las demandas de tutela, por ejemplo, providencias disciplinarias o penales que acrediten la situación irregular en el caso específico¹⁵ {²⁷}, situación que, a juicio de la Sala, sí podría llegar a incidir en el examen de inmediatez y subsidiariedad.

de revisión, expuso otra postura, para indicar que la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de CAJANAL por parte la UGPP no es razón suficiente para superar los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

2.4.3. Pese a las diferentes posturas de la Corte Constitucional, esta Sala de Sección acogió la tesis definida para estos casos respecto de la flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, establecida en el fallo de tutela del 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01, arriba transcrito.

En virtud de lo expuesto, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto de la flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, establecida en fallo de tutela del 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01, arriba transcrito, motivo por el cual, en el presente caso la Sección Quinta asume que la **inmediatez** se encuentra superada.

2.4.4. No obstante lo anterior, frente a la **subsidiariedad** la Sala debe hacer una serie de precisiones, en virtud de las cuales, para este específico caso el requisito de procedibilidad adjetiva no puede darse por superado:

2.4.4.1. Primero: Para comenzar, encuentra la Sección que si bien el estado de cosas inconstitucional resulta una justificación admisible para que la UGPP no haya agotado los medios ordinarios de defensa que tuvo a su alcance esta o en ese entonces Cajanal EICE – Liquidada para atacar la decisión judicial censurada de 2 de febrero de 2012, esto es, haber interpuesto el recurso de apelación previsto en el artículo 243 del CPACA. La misma declaratoria no puede ser tenida como una excusa válida para que la unidad no interponga, hoy en día, el **recurso extraordinario de revisión** consagrado en el artículo 248 y siguientes del mismo cuerpo normativo, del que dispone **para solicitar la revisión de la providencia** que asegura vulnera sus derechos fundamentales y afecta la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones.

Adicionalmente, la accionante podría intentar la acción de revocatoria directa del acto administrativo que reconoció tal prestación, posterior a una sentencia o fallo que evidenciara un fraude a la administración de justicia; podría solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que reconocieron las prestaciones; y/o pedir a la Contraloría que investigue los funcionarios que los expidieron...”

Recuérdese que lo que alega la parte actora es que la providencia dictada el día 2 de febrero de 2012 por el Juzgado 8° Administrativo de Cartagena incurrió en: (i) **defecto sustantivo** pues desconoció lo dispuesto por los artículos 48 y 128 de la Constitución Política, 19 de la Ley 4° de 1992, 4° de la Ley 4° de 1996, el 5° del Decreto 1743 de 1996 y el 8° de la Ley 71 de 1988 y; (ii) **desconocimiento del precedente** fijado por el Consejo de Estado en la sentencia de 26 de enero de 2006²⁸ y la Corte Constitucional en la T-066 de 2010 y la sentencia C-133 de 1993 según el cual, el artículo 128 de la Constitución Política consagra una clara incompatibilidad, estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales por lo que se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario público, entendiéndose por asignación toda remuneración, sueldo, honorarios o mesadas pensionales de carácter periódico.

Lo anterior porque a su juicio la *reliquidación* de la pensión de vejez de la señora Cristina Rodríguez debió ordenarse desde la fecha en la que la señora Rodríguez se retiró efectivamente del servicio 1° de julio de 1999 y no desde que adquirió su status pensional 4 años atrás, esto es, el 20 de junio de 1995 y; el *pago* de las diferencias resultante entre la nueva liquidación y las sumas pagadas no debía ordenarse a partir de 23 de octubre de 1997.

A este punto, la Sección Quinta quiere llamar la atención sobre la existencia del recurso extraordinario de revisión, **mecanismo judicial que permite a la UGPP exponer ante el juez contencioso administrativo los mismos argumentos que vía acción de tutela pretende esbozar para que se infirme una sentencia judicial que considera ilegal y lesiva para el erario público, razón por la cual, debe ser el juez ordinario y no el constitucional el que los examine, pues de lo contrario, este último desplazaría al primero como natural de la causa y la acción de tutela perdería uno de sus rasgos distintivos, la subsidiariedad.**

Recuerda la Sala que la subsidiariedad condiciona el ejercicio de la acción de tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

De acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 constitucional prevé frente a la tutela

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. No. 25000-23-25-000-2011-00688-01 (058605)

que “(...) *Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)*”. De esta norma se extrae que al existir otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando se recurre a la administración de justicia con el fin de que sean protegidos derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia²⁹.

Así, la acción de tutela se configura como un mecanismo privilegiado de protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que significa que reviste un carácter residual y subsidiario, esto es, que no se ha instituido para suplantar los procedimientos ordinarios ni para invadir la órbita de competencia de otras jurisdicciones.

Por lo anterior, en armonía con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción sólo procede cuando (i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados; (ii) y cuando pese a existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados³⁰.

En tal sentido, se ha señalado que para determinar si el medio de defensa alternativo es eficaz e idóneo, hay que analizar entre otros aspectos, los siguientes: “(a) *el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela*” y, “(b) *el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos*”

²⁹ En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “*En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.*”

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-764 de 2008.

*fundamentales*³¹; elementos que permiten concluir, una vez analizadas las circunstancias concretas del caso, si el mecanismo judicial alternativo de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se dicen lesionados.

2.4.4.2. Segundo: En consonancia con lo anterior recuerda la Sección que el **recurso extraordinario de revisión**³², regulado en los artículos 248 y siguientes del CPACA, es un **medio de impugnación excepcional** que permite revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo amparadas por la intangibilidad de la cosa juzgada e infirmarlas ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas por incurrir en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley.

De acuerdo con el artículo 248 del CPACA **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 y, debe interponerse mediante demanda que debe reunir los requisitos prescritos por el artículo 162 de ese mismo Estatuto Procesal, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañada de los documentos necesarios y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y pretenda hacer valer (artículo 252).

Como lo sostuvo la Sala Plena en anterior oportunidad, *“la naturaleza del recurso extraordinario de revisión pretende conciliar nociones esenciales del ordenamiento legal, como lo son la seguridad jurídica que representa el principio de inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas, o la cosa juzgada material y el principio de restablecimiento de la justicia material que persigue asegurar la vigencia de un orden justo, propuesto por el Preámbulo de la Constitución Política*³³. Y, precisamente, bajo ese entendimiento, en esa misma oportunidad sostuvo que *“el recurso extraordinario de revisión conlleva una limitación a la seguridad jurídica que representan las sentencias ejecutoriadas, constituye un medio excepcional de*

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002.

³² Sobre el recurso extraordinario de revisión pueden consultarse entre otras, las providencias de: (i) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-03284-00; (ii) 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00 y; (iii) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01918-00.

³³ Sentencia del 12 de julio de 2005, expediente REV-00143, reiterada en sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV-00226.

impugnación, que permite cuestionar una sentencia que está amparada por el principio de cosa juzgada material”.

A su turno, en el mismo sentido la Corte Constitucional entiende que el recurso extraordinario de revisión permite el ejercicio de una verdadera acción contra decisiones injustas, a fin de restablecer la justicia material del caso concreto³⁴. Por ello, dice la Corte, “[e]l recurso de revisión ha sido establecido para respetar la firmeza de los fallos, con miras a preservar la certeza y obligatoriedad incondicional que acompaña a las decisiones de los jueces, sin perjuicio de la necesidad de hacer imperar en ellos los dictados constitucionales y los imperativos legales, artículos 2°, 29 y 230 C.P.”³⁵.

Las **causales** que pueden proponerse como fundamento de este recurso, están enlistadas de manera taxativa en el artículo 250 del CPACA así:

“Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

- 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
- 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
- 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
- 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
- 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
- 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
- 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
- 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”*

Con el artículo 250 *ejusdem* el legislador adicionó supuestos de procedencia del recurso extraordinario adicionales a los ya previstos en el **artículo 20 de la Ley 797 de 2003**, norma en la que se reguló la revisión providencias judiciales que reconocen sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza

³⁴ Sentencia C-418 de 1994.

³⁵ Sentencia T-966 de 2005.

pública por la ocurrencia de dos causales:

“...Las providencias judiciales que en cualquier tiempo 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 Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables”.

Esta disposición, como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003, **contempla una acción de revisión sui generis** porque tiene en los sujetos que la pueden instaurar como en las causales y finalidad que, no es otra que la protección y recuperación del patrimonio público, sus signos distintivos frente a la revisión que regulan los estatutos de procedimiento civil y el administrativo, que buscan, en términos generales, el restablecimiento de la justicia material.

Resulta pertinente aclarar que, a diferencia de lo que ocurre con las demás causales de revisión, las que fueron creadas por el legislador en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, no pueden ser alegadas o invocadas por cualquiera de las partes hicieron parte del proceso. Pues cuanto la norma ***“[...] limita el derecho de postulación de la revisión al Gobierno Nacional, al Contralor General de la República y al Procurador General de la Nación.”***, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-835 de 2003.

En otras palabras, el inciso 1° del precepto legal mencionado restringió las autoridades o sujetos legitimados para interponer los recursos extraordinarios de revisión contra sentencias, conciliaciones y transacciones que hayan decretado o

acordado reconocimientos que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza al Gobierno Nacional, Contralor General de la República y Procurador General de la Nación.

Una lectura aislada de esta norma, llevaría a concluir que la UGPP no tendría legitimidad para interponer un recurso de revisión con fundamento en las causales de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, advierte la Sección Quinta³⁶ que el numeral 6° del artículo 6 del Decreto 5021 de 2009,³⁷ señaló como de las funciones de la UGPP *“Adelantar o asumir, cuando haya lugar, las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 o normas que la adicionen o modifiquen”*.

Es decir, que este decreto facultó expresamente a la UGPP para hacer uso de la revisión cuando de las causales del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, se tratara.

Ahora bien, en lo que respecta al término para la interposición del recurso dependiendo de la causal alegada, el artículo 251 del CPACA fijó un plazo para su interposición, específicamente en relación con 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.

No obstante lo anterior, para la Sección Quinta resulta pertinente aclarar que esta Corporación había acogido la tesis según la cual los recursos extraordinarios no se podían entender como una actuación ajena e independiente del proceso de origen, razón por la que se aplicaba la legislación que rigió el proceso en donde se emitió el fallo objeto del recurso.

³⁶ En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00

³⁷ *“Por el cual se establece la estructura y organización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones ParaFiscales de la Protección Social – UGPP– y las funciones de sus dependencias”*.

Sin embargo, en reciente decisión, providencia de 12 de agosto del año en curso³⁸, la Sala Plena Contenciosa modificó la postura expuesta, para indicar que el recurso extraordinario de revisión constituye un nuevo proceso y **no una instancia adicional** en la que los interesados pueden plantear el asunto objeto del litigio original.

Pese a su nombre –recurso extraordinario–, este se inicia con una demanda contra la sentencia, la que está sujeta a una serie de requisitos que deben ser observados para su admisibilidad y procedencia, es decir, es un medio de control más que consagró el legislador en la jurisdicción contencioso administrativa.

Huelga advertir como una nota al margen, que el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, al hacer referencia a este recurso al igual que lo hacía el Código de Procedimiento Civil que aquel modificó, señala que este se debe interponer por medio de **una demanda**, artículos 357 y 382 respectivamente. En otros términos, el recurso es, se repite una verdadera acción o medio de control.

En consecuencia, a partir del auto de la Sala Plena del 12 de agosto de 2014, quedó claro que el mencionado recurso **es un nuevo proceso**.

Así las cosas, la decisión de la Sala Plena tiene incidencia específicamente en la forma en que opera la caducidad y la forma de contarla, por cuanto en vigencia del C.C.A aquella era de dos años, y en la nueva normativa se redujo a un año, salvo la causal que introdujo la Ley 797 de 2003, que es de cinco años.

En efecto, es posible que la ejecutoria de una sentencia haya tenido ocurrencia en vigencia de la anterior normativa, razón por la que el término para presentar la demanda de revisión según el artículo 187 del C.C.A, era de dos años, contados a partir del día siguiente. No obstante, el 2 de julio de 2012 entró en vigencia el CPACA, que señaló como plazo para interponer el recurso, en términos generales, el de un (1) año.

Para el caso que nos ocupa, la actora invocó la causal de revisión prevista en el artículo 20 literal b) de la Ley 797 del 29 de enero de 2003.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO. Auto de 12 de agosto de 2014. Exp. 110010315000201302110-00. Actor. Jairo Luis Polania Carrizosa. Consejera Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Es del caso destacar que, en vigencia del C.C.A. el precepto legal en comento estableció que el recurso podría ser interpuesto *“en cualquier tiempo”*, locución que la Corte Constitucional encontró contraria al ordenamiento jurídico Superior, y así lo declaró en la sentencia C-835 de 23 de septiembre de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería, bajo la consideración de que dejar abierta la posibilidad de hacer uso de este recurso en cualquier momento, resultaba lesivo del debido proceso (art. 29 C.P.), a la pronta y debida justicia (art. 229 C.P.) y contrario a los postulados del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.), *“[...] en la medida en que desborda y contradice el campo de acción que el artículo 89 Superior le demarca al legislador, el cual, precisamente, le encomienda a éste la función de propugnar por la integridad del orden jurídico, que de suyo debe proteger los derechos de todas las personas frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.”*

Como consecuencia de esta decisión y para llenar el vacío que ella podía generar, el mismo fallo estableció que el término de caducidad, en estos casos, sería el contemplado en la norma general del C.C.A, es decir, el de los dos años.

Ahora bien, con la promulgación del CPACA, el término para interponer el recurso extraordinario de revisión para los casos establecidos en el artículo 20 literal b) de la Ley 797 del 29 de enero de 2003 se fijó en 5 años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial.

Así las cosas, la decisión de la Sala Plena tiene incidencia específicamente en la forma en que opera la caducidad en el presenta asunto y la forma de contarla, por cuanto en vigencia del C.C.A aquella era de dos años, y en la nueva normativa se amplió a cinco años.

2.4.3. Con sustento en el marco jurídico³⁹ expuesto la Sección Quinta del Consejo de Estado entrará a analizar si dadas las particularidades del caso, el recurso extraordinario de revisión es un mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales que alega como desconocidos la Unidad

³⁹ Insiste la Sala en que este marco jurídico fue decantado, entre otras, las providencias de: (i) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-03284-00; (ii) 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00 y; (iii) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01918-00.

Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP en la tutela de la referencia.

2.5. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, concluye la Sección Quinta del Consejo de Estado, que **para este caso particular el recurso extraordinario de revisión es un mecanismo idóneo y eficaz** con miras a controvertir la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena y, en consecuencia, idóneo y eficaz para proteger los derechos invocados por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Ello se debe a que una vez analizadas las particularidades del asunto y a pesar de la declaratoria de cosas inconstitucional que invoca la UGPP, se tiene que la violación alegada frente a los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, es susceptible de ser conjurada de manera integral dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión, toda vez que en caso de prosperar el recurso se infirmaría la sentencia acusada y se restaurarían de forma suficiente y oportuna los mismos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico (literal b del artículo 20 de la Ley 797 de 2003) está prevista la causal de revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, en virtud de la cual, la suma que la UGPP asegura le fue reconocida de manera contraria a la ley a la señora Cristina Rodríguez Cisneros por concepto de pensión de vejez, puede ser revisada a efectos de determinar sí, en efecto, la cuantía reconocida por parte del juez excedió lo dispuesto por las leyes⁴⁰ o la prohibición constitucional prevista en el artículo 128 superior.

⁴⁰En relación con la procedencia de esta causal, en sentencia de 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00, se indicó que *“...a juicio de la Sala quien actúa en desconocimiento de la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica. El desconocimiento de la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto”*.

Adicionalmente y a título ilustrativo, encuentra la Sección que los cargos alegados por la unidad en sede de la acción constitucional pueden exponerse en el marco del recuso extraordinario de revisión porque:

- (i) La providencia que se busca revisar a través de la acción constitucional fue proferida por un juez administrativo y, en tal medida, puede ser revisada por el Tribunal de la misma jurisdicción, aún cuando contra ella no se haya ejercido el recurso de apelación, esto, en atención a que: **(a)** la norma que consagra la revisión no exige requisito adicional a que se dirija contra 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 y, que, **(b)** en todo caso, el estado de cosas inconstitucional declarado a favor de la entidad la excusaba de la interposición del mismo.

Sobre esto último insiste la Sala en que si bien el estado de cosas inconstitucional no es argumento de recibo para que hoy en día la UGPP interponga los mecanismos de defensa judicial con los que cuenta para propender por la defensa de sus derechos fundamentales como lo es el recurso extraordinario de revisión, la misma declaratoria de la Corte Constitucional sí resulta una justificación admisible para que la UGPP no haya agotado los medios ordinarios de defensa que tuvo a su alcance en ese entonces Cajanal EICE – Liquidada para atacar la decisión judicial censurada de 2 de febrero de 2012, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia acusada fue proferida el 2 de febrero de 2012, época para la cual la UGPP no había asumido la defensa judicial de la extinta Cajanal E.I.C.E., cuestión que aconteció hasta el 12 de junio de 2013.

- (ii) El Decreto 5021 de 2009⁴¹, facultó expresamente a la unidad para hacer uso de la revisión cuando se trata de las causales del artículo 20 de la Ley 797 de 2003;
- (iii) El fallo censurado, de 2 de febrero de 2012, cobró fuerza ejecutoria el 24 de febrero de 2012, de forma que los 5 años fijados para interponer el recurso

⁴¹ “Por el cual se establece la estructura y organización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones ParaFiscales de la Protección Social – UGPP– y las funciones de sus dependencias”.

vencen hasta el 25 de febrero del año 2017 y hoy en día la parte actora puede acudir a él.

Ahora bien, en relación con el argumento referido a la procedencia del recurso de amparo constitucional como mecanismo transitorio, la parte actora asegura que en su caso se presentan todos los elementos para concluir que se está ante un perjuicio irremediable, sin embargo, para esta Sección el pago de una condena impuesta por una sentencia judicial no puede considerarse como un perjuicio de la mencionada naturaleza de cara los derechos fundamentales alegados, pues los mismos, como se mencionó, podrán ser garantizados de manera íntegra en el trámite del recurso extraordinario.

En tal medida, solo en caso de que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP considere que con el fallo proferido por el juez administrativo en el marco del recurso extraordinario de revisión se mantiene o perpetúa la vulneración de sus derechos fundamentales podrá acudir a la acción de tutela atacando los vicios que considere contienen las providencias de nulidad y restablecimiento del derecho y de la revisión. Lo contrario, es decir, permitir que vía acción de tutela y sin el previo agotamiento de los recursos extraordinarios el juez constitucional evalúe los argumentos de ilegalidad e inconstitucionalidad planteados por la parte actora implicaría despojar a la acción de tutela de su naturaleza subsidiaria e invadir de lleno la competencia del juez ordinario en la materia.

Así las cosas, la Sala concluye que la solicitud de tutela es improcedente teniendo en cuenta que la misma no superó el requisito de subsidiariedad, pues la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP cuenta en la actualidad con la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 248 y siguientes del CPACA y 20 de la Ley 797 de 2003, para alegar los mismos cargos que plantea en el marco de esta acción constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que “*rechazó por improcedente*” en cuanto declaró improcedente la acción de tutela, pero, por las razones expuestas en esta providencia.

III. DECISIÓN

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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 16 de diciembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que “*rechazó por improcedente*” la acción de tutela pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero