



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., abril dieciocho (18) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2017-02849-01

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

DEMANDADOS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B y OTRO

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala la impugnación presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, contra el fallo de marzo 1º de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que declaró improcedente la solicitud de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado el 27 de octubre de 2017 en la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado, el Subdirector de Defensa Judicial Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y el Juzgado Diecisiete Administrativo de Bogotá, Sección Segunda, a fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Consideró quebrantados sus derechos con ocasión de las providencias del 14 de mayo de 2014 y 18 de mayo de 2017, dictadas



dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 2013-00078 promovido por la señora Rosalba Castro Diosaba contra la UGPP, en la que ordenaron la reliquidación de la pensión de la actora con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios y la inclusión de todos los factores salariales recibidos en ese período.

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.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior:

a.- Dejar sin efectos:

- El fallo proferido por el JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, en sentencias del 14 de mayo de 2014 y 18 de mayo de 2017 respectivamente, dentro de la acción contenciosa administrativa No. 2013-00078, promovida por la señora ROSALBA CASTRO DIOSABA contra la UGPP.*

(...)

b.- Se sirva ORDENAR al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B, dictar nueva sentencia ajustada a derecho, disponiendo reliquidar la pensión de vejez de la señora ROSALBA CASTRO DIOSABA, aplicando el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, respetando el régimen anterior pero teniendo en cuenta como IBL los últimos 10 años de servicios certificados, conforme al inciso 3 de la referida norma y con los efectos y factores salariales del Decreto 1158 de 1994.



c.- Se DEJE sin efectos la resolución RDP 038669 del 10 de octubre de 2017 con la cual se dio cumplimiento a los fallos controvertidos, dictados en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N° 2013-000078.»

2. Hechos

Sostuvo la accionante que la señora Rosalba Castro Diosaba, prestó sus servicios al Estado en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), desde el 29 de abril de 1988 al 12 de enero de 2009 (descontando 108 días de licencia sin sueldo), adquiriendo el estatus jurídico pensional el 13 de agosto de 2008.

Señaló que la extinta CAJANAL EICE, mediante Resolución PAP 047081 del 6 de abril de 2011, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la señora Castro Diosaba, de conformidad con el Decreto 1047 de 1978 artículo 1º y 1933 de 1989 artículo 10 y la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994, liquidando la pensión con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de servicio, en cuantía de \$ 942.279,59 efectiva a partir del 01 de octubre de 2008, condicionado a demostrar el retiro definitivo del servicio.

Manifestó que mediante Resolución RDP 016598 del 23 de noviembre de 2012, la UGPP reliquidó la pensión de vejez de la señora Castro Diosaba por retiro del servicio oficial, liquidando la prestación con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de servicios, en cuantía de \$1.014.596 efectiva a partir del 13 de enero de 2009, pero con efectos fiscales a partir del 9 de mayo de 2009 por prescripción trienal y negó la reliquidación de la prestación con el último año de servicios y factores adicionales.

Expresó que mediante auto ADP 005164 del 15 de abril de 2013, la UGPP comunicó y ordenó el archivo de la solicitud de reliquidación de la prestación de la señora Rosalba Castro Diosaba.



Indicó que ante la negativa de acceder a la solicitud de reliquidación pensional, la señora Castro Diosaba inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual le correspondió por reparto al Juzgado Diecisiete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, el cual, mediante sentencia de 14 de mayo de 2014 declaró la nulidad del auto ADP 005164 del 15 de abril de 2013 y ordenó reajustar la mesada pensional con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, esto es, del 13 de enero de 2008 al 12 de enero de 2009, con la inclusión de los siguientes factores salariales: asignación básica, la doceava parte (1/12) de la prima de servicios, la doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones y la doceava parte (1/12) de la prima de navidad y la prima de riesgos y pagar las diferencias que resulten del valor de dicho reajuste.

Resaltó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante fallo de 18 de mayo de 2017 confirmó en todo la decisión anterior.

3. Sustento de la vulneración

La UGPP consideró vulnerados los derechos fundamentales en razón a que según su entender, dicha sentencia va en contra de los postulados del ordenamiento jurídico por cuanto el ingreso base de liquidación pensional (IBL) se rige en estricto sentido por lo previsto en el artículo 21 e inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme lo indican las sentencias C-258 de 2015 (sic.), T-078 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU 395 de 2017 y el Auto 229 de 10 de mayo de 2017 con los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994.

Señaló la naturaleza de la UGPP, la cual es una entidad del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tiene dentro de su objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



4. Trámite de primera instancia

4.1 Cuestión Previa.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto de 16 de noviembre de 2017, resolvió declarar fundados los impedimentos manifestados por los consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto y Julio Roberto Piza Rodríguez y en consecuencia separarlos del conocimiento de la presente acción de tutela y a su vez solicitar el sorteo de un conjuer a fin de integrar el cuórum necesario.

De igual manera, admitió la solicitud de tutela y ordenó notificar a los demandados y a la señora Rosalba Castro Diosaba como tercera con interés en las resultas del proceso y así como notificar a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado, en virtud a lo establecido en el artículo 610 del Código General del Proceso.

5. Argumentos de defensa

5.1 Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá

La Juez efectuó un recuento de las actuaciones adelantadas en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Rosalba Castro Diosaba contra la UGPP, de igual manera, manifestó que la forma natural de controvertir las decisiones judiciales es la interposición de los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico otorga.

Expresó que con pretender que la acción de tutela sea un mecanismo de protección alternativo se corre el riesgo de hacer nugatorias las competencias de las diferentes autoridades judiciales vulnerando los principios de seguridad jurídica y autonomía funcional de los jueces, por lo tanto consideró improcedente la solicitud de amparo¹.

5.2 Rosalba Castro Diosaba

¹ Folio 110 vuelto



En nombre propio presentó escrito en el cual solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela.

Manifestó que pertenece al régimen de transición de los detectives del DAS, consagrado en el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994, y no en la Ley 100 de 1993 en cuanto al IBL que integra la pensión.

Señaló como refuerzo de lo expuesto que mediante fallo de tutela de 17 de agosto de 2017, la Sección Cuarta de esta Corporación se pronunció al respecto, e hizo énfasis en que servidores públicos de alto riesgo, hacen parte del régimen especial de transición, consagrado en el artículo antes mencionado, por tal motivo solicitó se declare improcedente la acción de tutela².

Los demás sujetos vinculados, pese a que fueron debidamente notificados, guardaron silencio.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia de 1º de marzo de 2018, declaró improcedente el amparo por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, por cuanto:

« (...) la UGPP aún no ha agotado el medio de defensa extraordinario que resulta idóneo para materializar su pretensión. Así que puede interponer el recurso de revisión, previsto en la norma transcrita, para que el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia revise la pensión que, a su juicio, fue reconocida sin el cumplimiento de los requisitos legales o por violación al debido proceso. Ese recurso debe presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial endilgada, por esta vía tutelar.

(...)

² Folios 112 a 113 vuelto



Acción de tutela 11001-03-15-000-2017-02849-01

Actor: UGPP

Demandados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca,
Sección Segunda, Subsección B y otro
Fallo de Segunda Instancia

Expuesto lo anterior, en el caso concreto no se avizora un evidente abuso del derecho. De la simple lectura de las providencias atacadas se observa el acatamiento de las normas y jurisprudencia contencioso administrativa aplicables al caso.»

7. La impugnación

La parte accionante, mediante escrito remitido el 12 de marzo de 2018, impugnó el fallo de tutela de primera instancia, aduciendo las siguientes razones:

Sostuvo que “nuestra Carta Política de 1991 en su artículo 86 nos ha fijado la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para obtener la protección INMEDIATA de nuestros derechos fundamentales cuando ellos se vean vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública buscando la obtención de una orden judicial definitiva o transitoria con la que se impida que dicha vulneración siga vigente situación que fue así corroborada en el Decreto 2591 de 1991 que reguló este tipo de acciones”.

Señaló, que la UGPP ha venido no solo indicando sino demostrando que haber incoado la acción de tutela, tiene como finalidad la cesación de los efectos jurídicos de las sentencias atacadas, por considerar la existencia de un flagrante abuso del derecho por parte de las autoridades accionadas al darle una interpretación diferente a los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y desconocimiento del precedente dado por la Corte Constitucional sobre la forma de liquidar el IBL de las personas sujetas al régimen de transición contenido en las sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2013, SU 230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU 395 de 2017.

Así como la existencia de un perjuicio irremediable para las arcas del Estado y del Sistema Pensional ya que se está pagando una mesada pensional superior a la que realmente se tiene derecho.

Respecto a la configuración de los defectos material o sustantivo, reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial de la tutela.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia de 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 y, en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde en este caso determinar si, tal y como lo argumenta la UGPP, las autoridades judiciales demandadas vulneraron 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, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio.

En tales condiciones, se revisarán los siguientes aspectos: (i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y, finalmente, de encontrarse superados se estudiará (iii) el fondo del asunto.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente 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 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 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.

4. Examen de los requisitos, procedencia adjetiva

4.1 De la subsidiariedad.

La Corte Constitucional y esta Corporación han señalado el carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia como mecanismo residual, de tal modo que para que esta acción sea procedente se requiere el 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 mencionados en la sentencia SU 427 de 2016, que 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 Cajanal³, 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 financiero⁴.

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

³ 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.

⁴ Cfr. Sentencias T-363 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-300 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).



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.»

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.

Adicionalmente, la Sala resalta que en la mencionada sentencia SU 427 de 2016, se indicó que la UGPP tiene hasta el 11 de junio de 2018 para controvertir ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado las decisiones judiciales que considere lesivas para el tesoro público, de manera que el término de cinco años previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 no podrá contabilizarse desde antes del 12 de junio de 2013, fecha en la cual la entidad asumió la sucesión procesal y la defensa judicial de los asuntos que tenía a cargo la extinta CAJANAL.

De lo anterior se evidencia que el recurso extraordinario de revisión, constituye un mecanismo idóneo y eficaz para controvertir las sentencias de las autoridades judiciales accionadas y procurar la



Acción de tutela 11001-03-15-000-2017-02849-01

Actor: UGPP

Demandados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca,
Sección Segunda, Subsección B y otro
Fallo de Segunda Instancia

protección de los derechos fundamentales de la UGPP, alegados como desconocidos en la solicitud.

Sin embargo, la entidad no hizo uso de dicho recurso sino que acudió directamente al juez constitucional al presentar la petición de amparo el 27 de octubre de 2017.

Dicha situación resulta inadmisibles debido a que la tutela, como ya 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 casos como el presente.

Por lo tanto, 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 podía 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.

Solo 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.

En consecuencia, la Sala declarará la improcedencia de la acción, por no tenerse cumplido el requisito de la subsidiariedad.

En mérito de 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: Confírmase la sentencia de 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que declaró improcedente la acción de tutela promovida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los 10 días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAUJO OÑATE

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP058-6-1

