

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: 11001-03-15-000-2019-01016-00

Accionante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Accionados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B” Y OTRO

TEMA: Subsidiariedad

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la solicitud formulada por la la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86 y desarrollada en los Decretos 2591 y 1069 de 2015.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Mediante escrito radicado el 8 de marzo de 2019¹, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por medio de apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, pues consideró que con la expedición de la sentencia del 16 de agosto de 2018, se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, por concederle el reconocimiento y pago de la pensión gracia al señor Abinadab Enrique González Barrera en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho identificada con el radicado N° 70001-23-33-000-2015-00318-01, adelantada contra la UGPP.

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:

- El señor Abinabad Enrique González Barrera nació el 26 de agosto de 1950. Prestó sus servicios al Estado como docente territorial en el departamento de Córdoba desde el 23 de mayo de 1970 al 31 de marzo de 1975, por un tiempo de 4 años, 1 mes y 16 días; y en el departamento de Sucre desde el 31 de marzo de 1995 al 1° de agosto de 2014, por un periodo de 19 años, 4 meses y 1 día, para un acumulado de 23 años, 5 meses y 17 días.
- El accionante solicitó a la extinta CAJANAL-EICE- el reconocimiento y pago de su pensión gracia, la cual fue negada a través de la Resolución N°. PAP 56543 del 9 de junio de 2011.
- Posteriormente, la UGPP mediante Resolución RDP 7015 del 20 de febrero de 2015, negó nuevamente el reconocimiento de la mencionada pensión, *“por cuanto su tiempo de servicio en el departamento de Sucre de 1995 en adelante, fue del orden Nacional no acreditando los 20 años de servicios con vinculación territorial, distrital o municipal”*.
- Contra el anterior acto administrativo, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución RDP 019131 del 15 de mayo de 2015, que confirmó en su totalidad la Resolución RDP 7015 del 20 de febrero de 2015.

¹Folios 1 al 20.

- Por lo anterior, el ciudadano promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las siguientes resoluciones: (i) PAP 56543 del 9 de junio de 2011; (ii) RDP 7015 del 20 de febrero de 2015 y (iii) RDP 019131 del 15 de mayo de 2015.
- En primera instancia, el proceso fue conocido por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Oral, que en fallo de 1º de febrero de 2017, negó las súplicas de la demanda, expresando que *“al revisar el material probatorio recaudado, encuentra el Despacho que de las certificaciones se desprende que el señor González Barrera cumple con los requisitos de la edad, debido a que este nació el 26 de agosto de 1950, y más de 20 años de servicios, no obstante su vinculación como docente en la mayor parte de su periodo fue como nacional; por lo que, se concluye que el demandado no satisface uno de los requisitos necesarios para el goce de la prestación en mención, esto es, haberse encontrado vinculado al magisterio por más de 20 años, prestando sus servicios en planteles educativos de orden departamental, distrital o municipal”*.
- Insatisfecho con el fallo del *a quo*, el señor Abinabad Enrique González Barrera apeló la decisión y la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección “B”, a través de sentencia de 16 de agosto de 2018, revocó la sentencia apelada y concedió la pensión gracia pretendida por el accionante en el proceso ordinario.

Frente al punto, aseguró que *“el demandante logró demostrar una prestación del servicio como docente en dos periodos discontinuos, respecto de los cuales, debe decir la Sala que se encuentran acreditados a través de certificado expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba de 15 de septiembre de 2014 y certificado de tiempo de servicio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre de 1º de agosto de 2014, en el primero se indica que el tipo de vinculación del actor es ‘nacionalizado’, y en el segundo ‘nacional’, y a su vez, fueron allegados los respectivos actos de nombramiento y posesión para el periodo que inició el 31 de marzo de 1995”*.

Por consiguiente, expresó que el hoy pensionado, demostró plenamente tener los requisitos necesarios para acceder a la pensión gracia, tales como *“el haber prestado los servicios como docente en planteles nacionalizados por más de veinte (20) años siendo antes del 31 de diciembre de 1980 (2 de junio de 1975), contar con 50 años de edad, pues los cumplió el 26 de agosto de 2000, y observar una buena conducta en su desempeño como docente”*.

1.3. Pretensiones

A título de amparo solicitó las siguientes:

“PRINCIPALES:

Primero. Solicito de manera respetuosa, sean **AMPARADOS** los derechos fundamentales deprecados por la UGPP, en atención al desconocimiento del precedente constitucional y defecto fáctico, así como derivar en un abuso del derecho; al interpretar erróneamente el régimen jurídico de la pensión gracia y ordenar el reconocimiento pensional a un docente de orden NACIONAL.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior:

- a. *Sírvase DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, el (sic) 16 de agosto o de (sic) 2018, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado N°. 70001-23-33-000-2015-00318-01.*
- b. *Consecuentemente se sirva ORDENAR al CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, dictar nueva sentencia ajustada a derecho confirmando el fallo de primera instancia...”*

Tercero. De manera subsidiaria:

- a. *En caso que su despacho determine que procede alguna acción judicial contra las decisiones atacadas, sírvase amparar los derechos invocados de manera transitoria de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del decreto 2591 de 1991.*
- b. *En consecuencia, se sirva suspender los efectos de la sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, de fecha 16 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado 70001-23-33-000-2015-00318-01, hasta tanto no se resuelva por la autoridad judicial competente la acción que presentará esta Unidad dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del fallo de tutela”*.

1.4. Fundamentos de la acción

La entidad accionante, considera que la Sección Segunda del Consejo de Estado. Subsección “B” vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, toda vez que incurrió en:

1.4.1. Defecto sustantivo, porque realizó una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene los postulados de rango constitucional conduciendo a resultados desproporcionados, específicamente porque violan los criterios de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, pues *“aplicó las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, extrapolando el derecho a la pensión gracia a docentes financiados con recursos del situado fiscal cuando estos eran administrados por los FER (Fondo Educativo Regional) como rentas transferidas, por la Nación a las entidades territoriales, las cuales antes de la Ley 60 de 1993, no perdían su origen ni su carácter de constituir recursos del orden nacional y a través de las cuales se cancelaban exclusivamente las prestaciones de docentes nacionales y nacionalizados”*.

1.4.2. Desconocimiento del precedente al no tener en cuenta estas providencias proferidas por la Corte Constitucional: C-054 de 1999 y C-489 de 2000, *“en las que se establecen como fecha límite para causar el derecho a la pensión gracia el 29 de diciembre de 1989, por lo que aritméticamente, para poder completar los 20 años de servicio a esta última fecha (29 de diciembre de 1989), como mínimo un docente debe acreditar 11 años de servicio al 31 de diciembre de 1980...lo cual descarta vinculaciones precarias antes del 31 de diciembre de 1980”*.

Destacó que la acción de tutela es el único medio jurídico pertinente que tiene para proteger el erario, el cual también debe ser protegido por los Jueces de la República en virtud del principio de moralidad administrativa, razón por la cual el recurso extraordinario de revisión no es el mecanismo idóneo y eficaz para protegerlo.

Finalmente, aseveró que la providencia judicial objeto de reproche ha creado una **situación gravosa para las finanzas públicas**, pues vulnera flagrantemente el sistema pensional, toda vez que el monto que se le debe pagar mensualmente al señor Abinadab Enrique Barrera González impacta el erario y por consiguiente afecta la sostenibilidad financiera.

1.5. Trámite de primera instancia

Por auto del 13 de marzo de 2019², este Despacho admitió la solicitud de tutela y ordenó notificar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, a la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección “B”, así como vincular en calidad de terceros interesados al señor Abinadab Enrique Barrera González y al Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Oral, para que directamente o a través de apoderado judicial ejercieran su derecho a la defensa.

1.6. Contestaciones

1.6.1. Abinadab Enrique Barrera González³

A través de comunicación allegada a esta Corporación el 2 de abril de 2019, el pensionado solicitó que se declare improcedente la presente acción constitucional, debido a que el obtuvo su pensión cumpliendo con todos los requisitos exigidos por las normas que rigen la pensión gracia, razón por la cual le pidió a la UGPP que cumpla con el fallo de 16 de agosto de 2018 proferido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, para que le pague su mesada oportunamente, en los términos ordenados por la respectiva autoridad judicial.

1.6.2. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” y el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Oral, a pesar de haber sido debidamente notificados, guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela presentada por la parte actora contra la sentencia de 16 de agosto de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 377 de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa en

² Folio 65.

³ Folios 81 al 103.

conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, por concederle el reconocimiento y pago de la pensión gracia al señor Abinadab Enrique González Barrera en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho identificada con el radicado N° 70001-23-33-000-2015-00318-01, adelantada contra la UGPP.

Para el efecto, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; **(iii)** de ser superados, estudio del caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁴, 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 2012⁵ **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 tema⁶.

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 judiciales⁷.

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 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.**”⁸ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debió 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 la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014⁹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de

⁴ 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 Magistrada Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁷ 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”.

⁸ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

⁹ 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. Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

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 amplia¹⁰ 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 el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

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.

2.4. Análisis de los requisitos de procedibilidad adjetiva

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

De manera preliminar, se establece que la acción de tutela de la referencia no se dirige contra una sentencia de tutela, puesto que la providencia que censura la UGPP fue proferida en sede del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el No. 70001-23-33-000-2015-00318-01.

Así mismo, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, habida cuenta que la decisión cuestionada fue expedida el 16 de agosto de 2018, notificada a través de correo electrónico el 20 de septiembre de 2018, quedando ejecutoriada el 25 del mismo mes y año, en los términos del artículo 302 del Código General del Proceso. Luego, como quiera que la solicitud de amparo fue radicada el 8 de marzo de 2019, esto es, **5 meses y 12 días**, resulta un término que a juicio de la Sala es razonable.

Ahora bien, frente al requisito de la subsidiariedad, la Sala considera necesario hacer una serie de precisiones, en virtud de las cuales, para este específico caso, el requisito referido no puede darse por superado¹¹:

La UGPP alegó como causal especial de procedibilidad, la configuración de un defecto sustantivo, toda vez que la sentencia reprochada "aplicó las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, extrapolando el derecho a la pensión gracia a docentes financiados con recursos del situado fiscal cuando estos eran administrados por los FER (Fondo Educativo Regional) como rentas transferidas, por la Nación a las entidades territoriales, las cuales antes de la Ley 60 de 1993, no perdían su origen ni su carácter de constituir recursos del orden nacional y a través de las cuales se cancelaban exclusivamente las prestaciones de docentes nacionales y nacionalizados", de la misma manera, el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Conforme lo anterior, esta Sala de decisión señala que la UGPP cuenta con un mecanismo judicial idóneo que faculta a la entidad para exponer ante el juez contencioso administrativo, los mismos argumentos que vía tutela alegó, a fin de que se dejen sin efectos la providencias judiciales que considera ilegales y lesivas para el erario, razón por la cual, debe ser el juez ordinario y no el constitucional el que los examine.

Recuerda la Sala, el mencionado requisito de procedibilidad adjetiva condiciona el ejercicio de la acción de

¹⁰ 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.

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

tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

El inciso 3º del artículo 86 constitucional prevé que la tutela «...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...», en ese orden, 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 competencia.¹²

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.

En ese orden, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prevé que 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; y ii) cuando pese a existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados.¹³

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 fundamentales»,¹⁴ elementos que permiten concluir, una vez analizadas las circunstancias del caso concreto, si el mecanismo judicial alterno de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se dicen lesionados.

En consonancia con lo anterior recuerda la Sección que el **recurso extraordinario de revisión**,¹⁵ 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.

Así entonces, conforme al artículo 248 del CPACA, el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos, el cual se interpone a través de demanda que debe reunir los requisitos prescritos en 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 del CPACA).

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

¹² 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.”

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-764 de 2008.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002.

¹⁵ 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. Magistrado 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. Magistrado 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. Magistrado Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01918-00.

vigencia de un orden justo, propuesto por el Preámbulo de la Constitución Política». ¹⁶ 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 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 concreto, ¹⁷ 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.». ¹⁸

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 de providencias judiciales que reconocen sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza 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». ¹⁹

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 en la finalidad, la protección y recuperación del patrimonio público, 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 que hicieron parte del proceso, por 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.

¹⁶ Sentencia del 12 de julio de 2005, expediente REV-00143, reiterada en sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV-00226.

¹⁷ Sentencia C-418 de 1994.

¹⁸ Sentencia T-966 de 2005.

¹⁹ Énfasis propio.

En otras palabras, el inciso 1º 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 esta Sección²⁰ que el numeral 6º del artículo 6 del Decreto No. 5021 de 2009,²¹ señaló como una 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 tal fin, 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.

Sin embargo, en providencia de 12 de agosto de 2014,²² 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 cuestionada, y 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.

En este punto huelga advertir, que el Código General del Proceso, al hacer referencia a este recurso, de la forma que lo hacía el Código de Procedimiento Civil, señala que se debe interponer por medio de una demanda - artículos 357 y 382, respectivamente -. En otros términos, se itera, el recurso es una verdadera acción o medio de control, lo cual, a partir del auto de la Sala Plena del 12 de agosto de 2014, quedó claro que el mencionado recurso es un nuevo proceso.

Para el caso que ocupa a la Sala, **los argumentos de la UGPP en la acción constitucional, relacionados con la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, encuadran en la causal de revisión prevista en el artículo 20 literal b)²³ de la Ley 797 del 29 de enero de 2003.**

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.

²⁰ En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Magistrado Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00.

²¹ «*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*». DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47577. 29, DICIEMBRE, 2009. PÁG. 85.

²² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso. Auto. Expediente No. 11001-03-15-000-2013-02110-00. Actor. Jairo Luis Polanía Carrizosa. Magistrada Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²³ «*Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables*».

Por lo tanto, es claro que la entidad accionante puede presentar los argumentos esgrimidos en el presente trámite procesal a través del recurso extraordinario de revisión, mecanismo que resulta idóneo para controvertir las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas, a fin de solicitar la protección de sus derechos.

Así las cosas, en el asunto objeto de estudio no se cumple con el requisito de subsidiariedad, bajo el entendido de que la UGPP tiene la oportunidad de ejercer un mecanismo de defensa judicial diferente a la solicitud de amparo constitucional, como lo es el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, y no lo ha hecho.

Finalmente, frente a la pretensión subsidiaria de la parte actora, advierte la Sala que la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la UGPP deriva de la sentencia de 16 de agosto de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento, a pesar de que solicitó de forma subsidiaria que el amparo se conceda como mecanismo transitorio, lo cierto es que no se exponen razones suficientes, como tampoco se evidencia una **vulneración palmaria** de los derechos deprecados por la UGPP, lo que conllevaría a hacer un estudio de fondo para realizar un análisis exhaustivo y pormenorizado de las normas y la jurisprudencia aplicada al caso concreto.

De esta manera, tal como lo señaló la sentencia SU-427 de 2016 *"ante la existencia otro mecanismo judicial como lo es el recurso de revisión consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en principio, las acciones de tutela interpuestas por la UGPP para cuestionar decisiones judiciales en las que presuntamente se haya incurrido en un abuso del derecho son improcedentes al tenor del artículo 86 de la Constitución"*.

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

Por supuesto se reitera, será el juez natural del asunto, en virtud del recurso extraordinario de revisión, quien establecerá si existió o no abuso del derecho en el reconocimiento y/o reliquidación de la pensión del accionante, y/o si la misma es contraria a los parámetros legal y jurisprudencialmente establecidos.

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

2.5. Conclusión

De manera que, esta Sala de Decisión declarará la improcedencia de la presente acción constitucional, porque no se cumple con el requisito de procedibilidad referente a la subsidiariedad, debido a la existencia de otro medio de defensa, a través del cual la UGPP tiene la posibilidad de exponer ampliamente sus motivos de disenso frente a la providencia acusada.

3. DECISIÓN

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: DECLARAR la improcedente de la presente acción constitucional promovida por la UGPP contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", por las razones expuestas en este proveído.

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

TERCERO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá, D.C., 6 de junio de 2019

Radicado: 110010315000201901016 01

Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social -UGPP-

Accionado: Consejo de Estado

Asunto: Acción de tutela

Sentencia de segunda instancia

Tema: Improcedencia de la acción de tutela contra providencia judicial por incumplimiento del requisito de subsidiariedad/recurso extraordinario de revisión.

La Sala procede a resolver la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Consejo de Estado, Sección Quinta, el 25 de abril de 2019, por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela.

ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1. Mediante escrito presentado el 8 de marzo de 2019, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social -UGPP- presentó acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, debido proceso y defensa, con el objeto de que se acceda a las siguientes pretensiones (f. 1-20, c. ppl.):

Primero. Conforme a lo anterior, solicito de manera respetuosa, sean amparados los derechos fundamentales deprecados por la UGPP, en atención al desconocimiento de los principios generales de la Seguridad Social, al incurrir en los defectos material o sustantivo, desconocimiento del precedente constitucional y defecto fáctico, así como derivar en un abuso del derecho; al interpretar erróneamente el régimen jurídico de la pensión gracia y ordenar el reconocimiento pensional a un docente del orden nacional.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior:

a. Sírvase DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, el 16 de agosto de 2018, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado n.º 70001-23-33-000-2015-00318-01.

b. Consecuentemente se sirva ORDENAR al CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, dictar nueva sentencia ajustada a derecho CONFIRMANDO el fallo de primera instancia, bajo los siguientes fundamentos jurídicos:

-Acatar el precedente jurisprudencial preferente y vinculante que sobre la materia (pensión gracia) ha definido la H. Corte Constitucional, consignado en las Sentencias C-084 de 1999 y C-489 de 2000, según el cual, la Ley 91 de 1989 (Literal A del numeral 2 del artículo 15) puso fin al reconocimiento y pago de la pensión gracia, empero, respetando solo dicha prestación consagrada en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1993-, en favor de los docentes territoriales y nacionalizados que: (i) estando vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, (ii) además hayan adquirido o consolidado los requisitos para acceder a la misma ANTES del 29 de diciembre de 1989, es decir, a la fecha de entrada en vigor de la propia Ley 91 de 1989.

-INDICAR que las transferencias que la Nación efectuaba a las entidades territoriales en vigencia de Acto Legislativo 01 de 1968 y hasta antes de la aplicación de la Ley 30 de 1993, por concepto de SITUADO FISCAL, NO ERAN RECURSOS PROPIOS de las entidades territoriales y por ende, NO PUEDEN ser calificados como recursos cedidos por la NACIÓN a las aludidas entidades territoriales.

Tercero. De manera subsidiaria:

a. En caso de que su despacho determine que procede alguna acción judicial contra las sentencias atacadas, sírvase amparar los derechos invocados de manera TRANSITORIA de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

b. En consecuencia se sirva suspender los efectos de la sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, de fecha 16 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado 70001-23-33-000-2015-00315-01, hasta tanto se resuelva por la autoridad judicial competente la acción que representara esta Unidad dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del fallo de tutela.

2. Hechos

2.1. En apoyo de las pretensiones formuladas, la parte actora adujo, en resumen, los siguientes fundamentos fácticos:

(i) El señor Abinabad Enrique Barrera González prestó sus servicios como docente desde el 31 de marzo de 1995 hasta el 30 de diciembre de 2011, y desde el 8 de febrero de 2011 hasta el 15 de septiembre de 2014.

(ii) A través de Resolución n.º PAP 56543 del 9 de junio de 2011, la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación gracia al señor Abinabad Enrique Barrera González.

(iii) A través de Resolución n.º RDP 7015 del 20 de febrero de 2015, la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- negó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación gracia al señor Abinabad Enrique Barrera González, decisión que fue confirmada mediante la Resolución n.º RDP 019131 del 15 de mayo de 2015.

(iv) En virtud de lo anterior, el señor Abinabad Enrique Barrera González formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, con el objeto de que se le reconociera la pensión gracia.

(v) El 1 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Sucre negó las pretensiones de la demanda.

(vi) El 16 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, revocó la anterior decisión y, en su lugar, ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- reconocer y pagar la pensión gracia al señor Abinabad Enrique González Barrera, equivalente al 75% del

promedio de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su estatus pensional.

3. Fundamentos de la acción

3.1. La parte actora considera que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso y defensa, toda vez que el Consejo de Estado no evidenció que las pruebas obrantes en el expediente daban cuenta que, el señor Abinabad Enrique González Barrera laboró como docente durante más de 20 años en diferentes instituciones, no obstante, ese tiempo de servicio no puede tenerse en cuenta en su integridad para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, dada que los salarios pagados desde el año 1995, fueron pagados con recursos provenientes de la Nación. En consecuencia, se contrarío la sentencia de unificación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo expedida el 21 de junio de 2018.

4. Trámite procesal e intervenciones

4.1. El señor Abinabad Enrique González Barrera, en su calidad de tercero interesado, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, con base en los siguientes argumentos: (i) se pretende utilizar este mecanismo como una tercera instancia y, por lo tanto, se desconoce el principio de cosa juzgada; (ii) no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la parte demandante cuenta con recursos extraordinarios para amparar los supuestos derechos fundamentales vulnerados; (iii) no cumple con el requisito de inmediatez, dado que la sentencia atacada fue proferida el 16 de agosto de 2018, y la presente acción fue interpuesta el 11 de marzo de 2019; (iv) no se identifican las pruebas que presuntamente fueron indebidamente valoradas (f. 76-82, c. ppl.).

4.2. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, guardó silencio.

5. Sentencia de primera instancia

5.1. El 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado, Sección Quinta, declaró improcedente la acción de tutela por no cumplirse el requisito de subsidiariedad. A su juicio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- cuenta con el mecanismo extraordinario de revisión para reclamar la protección de los derechos fundamentales que presuntamente fueron desconocidos (f. 92-100, c. ppl.).

6. Impugnación

6.1. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP- presentó impugnación contra la anterior decisión. Al respecto, sostuvo que la Corte Constitucional, a través de sentencia de unificación SU-427 de 2016, determinó la procedencia de la acción de tutela, a pesar de existir el recurso extraordinario de revisión, en aquellos casos en que se acredite un abuso palmario del derecho. En consecuencia, sostuvo que en el caso concreto es procedente este mecanismo, toda vez que al cumplir las órdenes judiciales se genera un perjuicio irremediable, así:

-Mesada pensional al 2011 en cumplimiento a la orden judicial
\$1.989.831,88

-Retroactivo
\$249.481.712,51

-Estimado Mesadas Futuras
\$443.783.853,45

-Total Afectación

\$693.265,96

Conforme a lo anterior, el Estado puede observar el valor a cancelar por concepto de mesada pensional, arroja la cuantía aproximada de \$1.989.831, 88 m/cte para el año 2011 teniendo en cuenta la efectividad del fallo judicial referido, lo que equivale a un perjuicio del 100% de la mesada pensional.

En ese orden de ideas, el retroactivo estimado a cancelar arroja la suma de \$249.481.712,51 m/cte., así mismo, esta unidad en aras de demostrar el perjuicio que se seguiría causando a futuro proyecto las diferencias por la vida probable del actor de acuerdo con las estadísticas del DANE que indican que la esperanza de vida de los hombres es de 81 años y de las mujeres 86 años, arrojando la cuantía de \$443.783.853,45 m/cte.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para pronunciarse sobre la acción de tutela promovida en virtud de lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991¹, en concordancia con el artículo 2.2.3.1.2.1² del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015³ y el Acuerdo 377 de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema Jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si la acción de tutela impetrada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP- es o no procedente al existir otro mecanismo de defensa judicial.

3. Análisis de la Sala

3.1. Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial⁴

En el *sub examine*, no se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que⁵:

A pesar de que la Sentencia que ahora se enjuicia fue proferida dentro del trámite de segunda instancia de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral, respecto de la cual no existen recursos ordinarios que permitan a la entidad accionante procurar la defensa de sus derechos, la Sala estima pertinente detenerse en el estudio del **requisito de subsidiariedad**, ya que, *a priori*, se logra entrever que, en el caso concreto, la UGPP cuenta con otro medio de defensa idóneo y eficaz para proteger sus derechos, específicamente el recurso extraordinario de revisión, pudiendo ello generar eventualmente que se declare la improcedencia de la acción de tutela de la referencia⁶.

Para arribar a esa conclusión, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que, la entidad accionante pretende que por vía de la acción de tutela se deje sin efectos la Sentencia de 16 de agosto de 2018, por medio de la cual se revocó, en apelación, la decisión del Tribunal Administrativo de Sucre que negó el reconocimiento de la pensión gracia del señor Abinabad Enrique González Barrera y, en su lugar, se declaró la nulidad de las Resoluciones RDP

¹ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

² Modificado por el Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017, en relación con las acciones de tutela presentadas a partir de esta fecha.

³ "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho".

⁴ Al respecto: Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005; Consejo de Estado. Sala Plena, Sentencia de 5 de agosto de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01.

⁵ El siguiente análisis se hace de conformidad con el orden establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-066 de 2019.

⁶ Esta Sala ha declarado improcedente la acción de tutela contra providencia judicial por incumplimiento del requisito de subsidiariedad por no haberse agotado el recurso extraordinario de revisión en temas pensionales, en los siguientes casos: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencias de (1) 13 de febrero de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-00034-00, (2) 13 de febrero de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-00074-00, y (3) 20 de febrero de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-03810-01.

7015 de 20 de febrero de 2015 y RDP 019131 de 15 de mayo de 2015, y se ordenó reconocer y pagar la pensión equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su estatus pensional.

Bajo ese contexto, resulta necesario recordar que, en la Sentencia SU-427 de 2016, la Corte Constitucional indicó que en el ordenamiento jurídico vigente, se prevé el recurso extraordinario de revisión, contenido en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003⁷, un mecanismo judicial que permite la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho. En esa oportunidad, la Corte concluyó (se transcribe):

*"[...] ante la existencia 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".*
(Negrilla fuera del texto)

Asimismo, debe señalarse que la expresión "en principio" fue explicada más adelante por esa Corporación, cuando agregó que, en casos de graves cuestionamientos jurídicos frente al fallo judicial, en donde exista una prestación reconocida con un "palmario abuso del derecho", la tutela sería el medio procedente. No obstante lo anterior, en la mencionada providencia se omitió establecer unas reglas claras para determinar cuándo se estaba frente a ese tipo de abuso.

Fue entonces en la Sentencia SU-631 de 2017, que la Corte Constitucional precisó el alcance de la expresión "palmario abuso del derecho" y estableció unas reglas para determinar si la acción de tutela, pese a existir el recurso extraordinario de revisión, sería procedente. Así, la Corte indicó que este abuso se configuraba cuando (se transcribe) "[a] además de una vinculación precaria [8], [b] se presente un incremento excesivo de la mesada pensional [9] y con él una ventaja ilegítima, que comprometa los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto".

Adicionalmente, conviene indicar que, en la Sentencia SU-115 de 2018, esa Corporación retomó las reglas de procedencia de la tutela cuando se trate de un abuso del derecho palmario, agregó que (se transcribe) "En caso de que no se acreditara tal supuesto [entiéndase vinculación precaria e incremento excesivo de la mesada], el medio judicial disponible [recurso de revisión] sería no solo eficaz, sino, además, no podría considerarse que se tratara de un caso de perjuicio irremediable, que ameritara la protección constitucional transitoria".

Sentado lo anterior, debe precisarse que, pese a que la postura jurisprudencial antes reseñada fue estructurada por la Corte Constitucional, en el marco de reconocimientos y reliquidaciones de pensiones de vejez, ello no es óbice para que la misma sea aplicada a otras pensiones, como por ejemplo, la pensión gracia; debiendo el juez de tutela establecer, en cada caso, qué configura un "palmario abuso del derecho", para determinar si es procedente o no la acción de tutela.

Por lo tanto, para esta Sala, como juez de tutela, **tratándose del reconocimiento y/o reliquidación de pensiones gracia, el palmario o manifiesto abuso del derecho se configura en el evento en el que el operador judicial advierta, de forma preliminar, que**

⁷ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-631 de 2017: "La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad". En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia SU-115 de 2018: "[...] Esta fugacidad, para la Sala Plena, debía serlo "en un cargo de mayor jerarquía y remuneración", que se presentaba, entre otros, cuando se cumpliera un "encargo" o se desempeñara un empleo en "provisionalidad" [...]."

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-115 de 2018: "[...] debe haberse "generado un incremento protuberante de la mesada pensional", pues, solo así, "la aplicación del IBL de un régimen especial, cobra una importancia tal que es imperiosa la intervención del juez de tutela" [...]."

el beneficiario del emolumento en comento, no cumplió con alguno de los requisitos para acceder al derecho pensional.

En ese orden de ideas, debe indicarse que, de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 43 de 1975 y 91 de 1989, la denominada **pensión gracia** es un emolumento de naturaleza prestacional que se reconoce a favor de aquellos (1) docentes que tuvieron vinculación territorial o nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 (fecha de finalización del proceso de nacionalización de la educación en Colombia) y que cumplan con los demás requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, esto es, (2) 20 años de servicio como docente territorial o nacionalizado, (3) buena conducta, y (4) 50 años de edad.

Finalmente, es necesario aclarar que, dada la naturaleza residual, subsidiaria y excepcional de la tutela contra providencia judicial, esta solo será procedente cuando quede plenamente probado un *palmario* (manifiesto) abuso del derecho.

Dicho lo anterior, la Sala procede a revisar, en el caso concreto, si, *prima facie*, se cumplen o no los requisitos para que el señor Abinabad Enrique González Barrera haya accedido al derecho pensional – pensión gracia – o por el contrario no se satisfizo algún requisito, configurándose un *palmario* abuso del derecho.

(1) Frente al requisito de **edad**, se observa que el señor Abinabad Enrique González Barrera nació el 26 de agosto de 1950, por lo que a la fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión gracia (14 de marzo de 2011)¹⁰ tenía **60 años**¹¹.

(2) En el expediente, **no reposa prueba de que el señor Abinabad Enrique González Barrera haya incurrido en mala conducta**. Asimismo, debe señalarse que, en los actos administrativos que fueron objeto de la demanda nulidad y restablecimiento del derecho, no se hizo reparo alguno sobre el tema.

(3) Aunado a ello, se advierte de manera preliminar que el señor Abinabad Enrique González Barrera **se vinculó como docente nacionalizado con anterioridad al 31 de diciembre de 1980**, pues con el certificado del 15 de septiembre de 2014 de la Gobernación de Córdoba¹² se acreditó que fue nombrado como docente en propiedad de tiempo completo en la escuela rural mixta Callejas con una vinculación nacionalizada entre el 2 de junio de 1975 y el 31 de marzo de 1979.

(4) En lo que respecta al **tiempo de servicio docente**, la Sala observa lo siguiente:

Visible a folios 52 y 53 de la sentencia de primera instancia proferida al interior del proceso ordinario, a través de certificados laborales se acreditó que el señor Abinabad González Barrera se desempeñó entre el 14 de febrero de 1975 al 31 de marzo de 1979 como docente nacionalizado en el departamento de Córdoba, y entre el 31 de marzo de 1995 y 1 de agosto de 2014, como docente nacional en el departamento de Sucre, y acumuló un total de 23 años, 5 meses y 18 días de servicio de docente.

Debe señalarse que, (1) el *ad quem* en el proceso ordinario razonadamente concluyó que la naturaleza de la vinculación fue nacionalizada¹³, y (2) no existe certeza del cumplimiento o

¹⁰ Folio 27 del cuaderno principal.

¹¹ Folio 27 del cuaderno principal.

¹² Folio 33 del cuaderno principal.

¹³ Folio 43 del cuaderno principal. "(...) En este punto, encuentra la Sala que el demandante logró demostrar una prestación del servicio como docente en dos periodos discontinuos, respecto de los cuales, debe decir la Sala que se encuentran acreditados a través de certificado expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba de 15 de septiembre de 2014 y certificado de tiempo de servicio de la Secretaría de Educación departamental de Sucre de 1 de agosto de 2014, en el primero se indica que el tipo de vinculación del actor es nacionalizado, y en el segundo nacional, y a su vez, fueron allegados los respectivos actos de nombramiento y posesión para el periodo que inició el 31 de marzo de 1995.

incumplimiento del requisito del tiempo de servicio y, por ende, no es posible afirmar que en el presente caso se configure de manera palmaria y/o manifiesta un abuso del derecho. Luego, deviene en improcedente la acción de tutela.

En consecuencia, el medio de defensa con el que cuenta la UGPP, entiéndase el recurso extraordinario de revisión, resulta ser eficaz para perseguir la protección de los derechos que se deprecia y, por ende, mal podría hablarse de la existencia de perjuicio irremediable alguno que justifique el tratamiento de la tutela como mecanismo transitorio; perjuicio, que, por lo demás, pese a ser alegado, no fue probado, siquiera de forma sumaria, por la entidad.

En ese orden de ideas, al no superar el estudio del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno sobre las demás requisitos generales de procedibilidad de la acción, así como de las causales especiales.

4. Conclusiones

Al existir otro medio de defensa idóneo y eficaz para perseguir la protección de los derechos de la UGPP, y no haber prueba del perjuicio irremediable que se alega, no se configura el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela y, en consecuencia, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado que declaró la improcedencia de la tutela presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

TERCERO: ENVIARLA a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala
Magistrado

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Es evidente, que la autoridad que nominó al demandante como docente para el segundo periodo comprendido entre el 31 de marzo de 1995 y el 1 de agosto de 2014 fue el alcalde del municipio Santiago de Tolú (Sucre), en uso de las facultades previstas en el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, consistentes fundamentalmente en que el mandatario local actúa como nominador de los docentes nacionales y nacionalizados.

Al respecto, vale la pena mencionar que de acuerdo con el contenido del acto de designación, el plantel educativo para el cual fue nombrada la demandante, corresponde al Colegio Municipal Santa Teresita del Niño Jesús en el municipio de Santiago de Tolú (Sucre), la cual se encuentra integrada a la oferta institucional y orgánica del sector educativo del referido ente territorial; lo cual cobra especial importancia si se tiene en cuenta que la mencionada facultad contenida en la Ley 29 de 1989, también atañe a los educadores nacionalizados. De ahí que, el uso de la referida atribución per se no otorga el estatus de docente nacional.

De este modo, y conforme al criterio unificado de esta sección contenido en la sentencia dictada el 21 de junio de 2018 dentro del proceso 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014), según el cual lo importante para definir el derecho a la pensión gracia es la naturaleza de la plaza a ocupar, en ese orden, se tiene que la demandante acreditó en debida forma que su vinculación y permanencia en el servicio oficial docente, siéndolo en calidad de educador nacionalizado, bajo la dirección del municipio de Santiago de Tolú (Sucre). Lo anterior, considerando las bases jurisprudenciales sentadas en la sentencia de unificación, que para el caso concreto permiten relieves que los nombramientos que tuvo la actora fueron nacionalizados al tratarse de plazas que inicialmente fueron territoriales”.