



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Acción : Tutela (impugnación)
Expediente : 11001-03-15-000-2022-04750-01¹
Actora : **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**
Demandados : Magistrados de la subsección B de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Tema : Tutela contra providencia judicial; derecho constitucional fundamental al debido proceso

Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por la actora contra la sentencia de 14 de octubre de 2022, emitida por el Consejo de Estado (subsección C de la sección tercera), que declaró improcedente el trámite constitucional de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 La solicitud de amparo. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a través de apoderado, presenta acción de tutela con el fin de obtener la protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, presuntamente quebrantado por los señores magistrados de la subsección B de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Como consecuencia de lo anterior, pide se deje sin efectos el fallo de 18 de marzo de 2022, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección B de la sección segunda) revocó el de 19 de mayo de 2021, con el que el Juzgado Décimo (10º) Administrativo de Bogotá negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la señora Claudina Ávila de Banoy en su contra (expediente 11001-33-35-010-2017-00086-01), para acceder a estas; en su lugar, se ordene a las autoridades accionadas dictar una nueva providencia en la que se nieguen las súplicas de la demanda, con fundamento en que «[...] *los artículos 6, 25 y 26 del [Acuerdo*

¹ Resulta oportuno señalar que las presentes diligencias reposan en el expediente digital contenido en la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada Samai.



49] de 1990 [...]» no son aplicables en el reconocimiento pensional discutido en esas diligencias.

1.2 Hechos. Relata la accionante que el señor Luis Eduardo Banoy Gutiérrez (q. e. p. d.) [i] prestó sus servicios para la Rama Judicial entre el 1º de septiembre de 1951 y el 31 de agosto de 1975, esto es, por el lapso de 15 años, 3 meses y 2 días; (ii) laboró para el municipio de Nilo (Cundinamarca) durante 1 mes y 15 días, (iii) cotizó al entonces Instituto de Seguros Sociales 37.29 semanas² y (iv) falleció el 22 de marzo de 1992, por lo que el 21 de abril de 2016 la señora Claudina Ávila de Banoy, en condición de cónyuge superviviente, solicitó de la UGPP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, lo que le fue negado, mediante Resoluciones RDP 32111 de 30 de agosto, 39930 de 24 de octubre y 40901 de 27 de octubre, todas de 2016, por cuanto el causante de la prestación social «[...] no acreditó los 20 años de servicio como requisito para acceder [...]» a su pedimento.

Que, por la situación fáctica expuesta, la señora Ávila de Banoy promovió medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su contra (expediente 11001-33-35-010-2017-00086-01), encaminado a obtener la anulación de los actos administrativos relacionados en el párrafo anterior y, en consecuencia, la pensión de sobrevivientes reclamada, del que conoció el Juzgado Décimo (10º) Administrativo de Bogotá que, con sentencia de 19 de mayo de 2021, negó las pretensiones, al estimar que «[...] no se acreditan los requisitos legales para efectuar el reconocimiento pensional, ya que, además, resulta improcedente aplicar las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 para un fondo de pensiones diferente al Instituto de Seguros Sociales.

Dice que, previa interposición de recurso de apelación³ por parte de la demandante, el 18 de marzo de 2022 la subsección B de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la determinación adoptada en primera instancia, al considerar que, por aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, la pensión de sobrevivientes reclamada sí estaba gobernada por el Acuerdo 49 de 1990, en los términos señalados en la sentencia SU-769 de 2014⁴ de la Corte Constitucional, por ende, era factible concederla a la señora Claudina Ávila de Banoy, con efectos fiscales a partir del 21 de abril de 2013.

² Época para la cual trabajó con la «*empresa Villate de Villate*».

³ Para cuyo propósito sostuvo que el causante de la prestación social deprecada efectuó aportes por «[...] más de 15 años de servicios [...], de los cuales las últimas 37 semanas fueron cotizadas en el año inmediatamente anterior a [su] fallecimiento [...] con el ISS hoy Colpensiones», por lo que es dable computar los tiempos de servicios de los sectores público y privado.

⁴ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Que la providencia objeto de censura comporta defecto sustantivo, habida cuenta de que los magistrados accionados «[...] *no solo aplica[n] la favorabilidad en cuanto a acumulación de tiempos*, [con fundamento en el fallo SU-769 de 2014 de la Corte Constitucional], *sino que va[n] más allá*, y [acogen en] *forma integral [el] Acuerdo 049 de 1990, reconociendo la pensión de sobrevivientes con ocasión [d]el fallecimiento del señor LUIS EDUARDO BANOY GUTIÉRREZ con base en las semanas cotizadas y la edad dispuest[as] en [esa norma, lo que desconoce] totalmente las disposiciones de la Ley 33 de 1985*», régimen pensional que le atañe «[...] *por haber tenido la condición de empleado público*», lo que genera un grave detrimento de las finanzas públicas.

Sostiene que también incurre en violación directa de la Constitución, comoquiera que «[...] *se ha vulnerado el principio de legalidad [...], [al dar] un alcance ileg[í]timo e ilegal por exceso al Acuerdo 049 de 1990[,] aprobado por el Decreto 758 de 1990, [que desborda] su ámbito subjetivo de aplicación, [puesto que aquel concierne únicamente a los afiliados a] COLPENSIONES y [no puede] ser tenido como base normativa para el reconocimiento pensional de la referencia a cargo de la UGPP [...]*». Además, constituye un abuso del derecho el ordenar, en favor de la señora Claudina Ávila de Banoy, el pago de una mesada de \$1.399.710,18, para el año 2022, y un retroactivo, comprendido entre el 21 de abril de 2013 y el 31 de julio de 2022, que asciende a \$153.149.128, valores a los cuales ella no tiene derecho.

1.3 Contestaciones de la acción.

1.3.1 Los señores magistrados de la subsección B de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del ponente de la decisión reprochada, se oponen a la presente acción, por cuanto era dable determinar que la señora Claudina Ávila de Banoy «[...] *tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del señor LUIS EDUARDO BANOY GUTIÉRREZ, al ostentar la condición de cónyuge superviviente. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, conforme a las pruebas documentales que obran en el plenario, el causante acreditó haber cotizado 300 semanas, en cualquier época, con anterioridad a la causación del derecho (fecha del fallecimiento), cumpliendo así las condiciones previstas en los artículos 6° y 25 a 26*» del Acuerdo 49 de 1990.

Que no es de recibo la afirmación de la tutelante de que no le corresponde asumir la pensión de sobrevivientes concedida en el fallo reprochado, puesto



que «[...] *el reconocimiento pensional cuando se acumulan tiempos de servicios públicos y privados [...] recae en cabeza de la entidad en la que esté afiliado el causante*». De igual modo, no se advierte el detrimento patrimonial alegado, «[...] *en tanto el señor BANOY RODRÍGUEZ cotizó durante su vida laboral, causando el derecho pensional, y pese a que fue en diferentes entidades, entre estas pueden surtirse los trámites administrativos a que haya lugar a efectos de financiar la [prestación] reconocida en favor de la [...]*» allí demandante.

1.3.2 La señora Claudina Ávila de Banoy⁵ pide se niegue el amparo deprecado, toda vez que la determinación judicial censurada fue dictada por los magistrados accionados «[...] *conforme [...] lo establece la ley, bajo unas consideraciones sustentadas por el marco normativo y jurisprudencial*», en esa medida, no incurre en los defectos alegados por la tutelante.

1.4 Providencia impugnada. Con sentencia de 14 de octubre de 2022, el Consejo de Estado (subsección C de la sección tercera) declaró improcedente la presente acción, porque la solicitud de amparo no satisface el requisito de subsidiariedad, puesto que «[...] *no se agotó por parte de la accionante el recurso extraordinario de revisión y no se demostró su falta de eficacia, ni el supuesto perjuicio irremediable que se causa al erario con el reconocimiento y pago de la mesada pensional en cuestión [...]*».

1.5 Impugnación. Inconforme con la decisión adoptada, la UGPP la impugnó, al estimar que en el *sub lite* sí se colma el presupuesto de subsidiariedad, toda vez que «[...] *la acción de tutela en este caso es el mecanismo idóneo para garantizar la protección de [sus] derechos fundamentales vulnerados [...], aun cuando exista un [medio] alter[n]ativo de defensa judicial como lo es el recurso extraordinario de revisión, el cual, debido a sus ritualidades procesales supedita necesariamente que la protección de estos derechos se postergue y no sea inmediata, lo que a su vez genera que el perjuicio ocasionado al Sistema General de Pensiones se incremente con el paso del tiempo*».

Agrega que el perjuicio irremediable se contrae a que «[...] *se deben efectuar una serie de pagos de sumas de dineros que comprometen seriamente los recursos del sistema general de pensiones y su sostenibilidad financiera, esto al tener asumir los dineros derivados del reconocimiento pensional en favor*

⁵ Vinculada a estas diligencias, con auto admisorio de 6 de septiembre de 2022, en condición de tercera con interés.



de la señora **CLAUDINA [Á]VILA DE BANOY** en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reconocida [en] su favor, con ocasión de fallecimiento del señor **LUIS EDUARDO BANOY GUTIÉRREZ**, sin que se hayan adecuado de manera acertada lo preceptos jurídicos para ello».

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia. En virtud de los artículos 32⁶ del Decreto ley 2591 de 1991⁷ y 25⁸ del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019⁹ expedido por la sala plena del Consejo de Estado, esta subsección es competente para conocer de la presente impugnación.

2.2 La acción. Como se sabe, la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1983 de 2017, como mecanismo directo y expedito para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite preferente y sumario, el amparo inmediato de ellos cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

2.3 Problema jurídico. Se contrae a determinar si es dable a través de la tutela, examinar el eventual quebranto de derechos de linaje constitucional fundamental que pueda comportar la sentencia de 18 de marzo de 2022, por cuyo conducto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección B de la sección segunda) revocó la de 19 de mayo de 2021, con la que el Juzgado Décimo (10^o) Administrativo de Bogotá negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Claudina Ávila de Banoy contra la UGPP (expediente 11001-33-35-010-2017-00086-01); y, en caso afirmativo, si se ha vulnerado la garantía superior al debido proceso invocada en la solicitud de amparo.

⁶ «Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente [...]».

⁷ «Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política».

⁸ «ASUNTOS RELACIONADOS CON LAS ACCIONES DE TUTELA, DE CUMPLIMIENTO, POPULARES Y DE GRUPO.

[...]

Las tutelas que sean de competencia del Consejo de Estado en primera instancia y en segunda instancia se someterán a reparto por igual entre todos los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo y serán resueltas por la sección o subsección de la cual haga parte el magistrado a quien le haya correspondido el reparto [...]».

⁹ «Por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado».



2.4 Requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. El carácter subsidiario de la acción de tutela hace referencia a que solo¹⁰ procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, sin embargo, no debe perderse de vista que aunque el trámite de esta acción es preferente y sumario, regido por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, su carácter es eminentemente residual y subsidiario, es decir, que únicamente procede en aquellos eventos en que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que permita solicitar ante los jueces la protección de los derechos, salvo que se pretenda evitar la causación de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la sentencia T-480 de 2011 de la Corte Constitucional¹¹ y ante la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, es menester que quien depreca el amparo de un derecho constitucional fundamental haya agotado **todos** los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, previa la interposición de la acción.

De lo anotado se puede concluir, entonces, que la acción de tutela no solo es improcedente cuando el accionante aún cuenta (o contó) con otro medio de defensa judicial, sino también cuando este tiene (o tuvo) la posibilidad de acudir ante las autoridades que presuntamente han quebrantado sus derechos constitucionales fundamentales a efectos de solicitar de ellas una respuesta favorable o la satisfacción de sus intereses.

De manera que la falta de diligencia del demandante, entendida como la renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa previstos en la normativa legal, constituye una causal válida para declarar la improcedencia de la acción constitucional frente al caso particular¹².

La jurisprudencia constitucional ha dicho que la acción de tutela no resulta procedente cuando el ordenamiento jurídico ofrece otro mecanismo judicial para la protección de los derechos, sin embargo, si el sistema normativo dispone de otras herramientas jurídicas para el amparo de los derechos, estas deben ser suficientemente eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues de lo contrario la acción de tutela procede de manera

¹⁰ De acuerdo con la Ortografía de la Lengua Española, de la Real Academia Española, edición 2010, primera edición (Colombia: abril de 2011), «*La palabra solo, tanto cuando es adverbio [Solo trabaja de lunes a viernes] como cuando es adjetivo [Está solo en casa todo el día...] son voces que no deben llevar tilde según las reglas generales de acentuación [...]*».

¹¹ M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² En esos términos lo precisó la Corte Constitucional en sentencia T-375 de 2018, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



transitoria.

En otras palabras, si la situación fáctica es de tal gravedad que los recursos judiciales ordinarios resultan ineficaces para defender los derechos fundamentales, el juez de tutela debe adoptar las medidas necesarias que neutralicen las causas de vulneración o amenaza con la finalidad de evitar un menoscabo o de hacer cesar una violación a derechos inalienables.

Ahora bien, el perjuicio se considera irremediable cuando concurren unas circunstancias específicas que si bien deben ser valoradas en cada caso concreto, deben hallarse presentes:

- 1) Que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental.
- 2) Que de presentarse no exista forma de reparar el daño producido a ese derecho.
- 3) Que su ocurrencia sea inminente.
- 4) Que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra.
- 5) Que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales¹³.

En consecuencia, cuando el caso bajo estudio reúna los supuestos anteriores se hará necesaria la intervención del juez constitucional para el restablecimiento de los derechos involucrados a través de medidas inmediatas de protección, imponiéndose en este evento la tutela como mecanismo transitorio mientras el juez competente decide de fondo la acción correspondiente¹⁴.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional¹⁵ ha precisado que el perjuicio irremediable debe ser probado por la persona que lo alega, pues si bien no es dable exigir el cumplimiento de una carga probatoria rigurosa en asuntos donde se discute la violación de derechos fundamentales, el tutelante debe demostrar al menos someramente los posibles perjuicios que se llegaren a originar en los hechos que motivaron la presentación de la solicitud de amparo, dado que al juez constitucional no le concierne probar las circunstancias fácticas en que se fundamenta la acción de tutela, salvo que sea

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-458 de 1994¹³, M. P. Jorge Arango Mejía.

¹⁴ Consejo de Estado, sección segunda, sentencias AC-2010-00032 de 18 de marzo de 2010, y AC-2010-01795-01 de 9 de diciembre de 2010.

¹⁵ Corte Constitucional, auto 164 de 21 de julio de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.



evidente la inminencia del perjuicio.

2.5 Del recurso extraordinario de revisión de que trata el artículo 20 de la Ley 797 de 2003. El recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación mediante el cual se controvierten fallos ejecutoriados que adolecen de errores o irregularidades que los hacen contrarios a derecho, lo que facilita la preservación del sistema legal.

El ejercicio de ese instrumento implica que los principios de cosa juzgada e intangibilidad de los pronunciamientos cedan, con el fin de salvaguardar la justicia material, que es el objetivo último de las decisiones judiciales, entendida como la debida observancia de la normativa que regula situaciones debatidas en el caso concreto, en prevalencia de la aplicación mecánica y formal de disposiciones¹⁶.

Para la procedencia del precitado recurso extraordinario, resulta necesario que se interponga dentro del lapso señalado en el marco jurídico y se configure alguna de las causales consagradas en este, que se constituyen en los únicos escenarios en los cuales es dable limitar los principios enunciados en el párrafo precedente. Sobre el particular, la Corte Constitucional¹⁷ sostuvo:

[...] la jurisprudencia ha concluido que la revisión constituye un mecanismo excepcional que, no obstante la autoridad de la cosa juzgada que ampara las sentencias ejecutoriadas, está diseñado para enmendar errores o ilicitudes en la expedición de la sentencia en el marco de las expresas causales que autorizan su interposición. Constituye entonces una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios, en la cual no hay lugar a la reapertura del debate jurídico o probatorio, ni espacio para discutir el sentido del razonamiento del juez dirigido a adoptar una decisión determinada, sino únicamente presentación de cargos relativos a extremas injusticias o ilicitudes dentro de la decisión.

[...] lo único que se pretende con la revisión es que ninguna sentencia incurra en las causales taxativas contempladas en la legislación pues, de ocurrir, el fallo debe ser considerado erróneo o injusto [...].

Cabe advertir que el plazo para formular el recurso extraordinario de revisión en materia contencioso-administrativa es de un (1) año, como regla general, conforme lo establece el artículo 251¹⁸ del CPACA.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-339 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ Sentencia T-649 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ «El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia. [...]».



Ahora bien, el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 preceptúa la posibilidad de interponer recurso extraordinario de revisión contra «[...] *providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza [...]*», dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria, conforme lo consagra el inciso 4° del referido artículo 251¹⁹.

Resulta oportuno destacar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-427 de 2016²⁰, precisó que en los eventos en que se reconozcan mesadas pensionales excesivas o con abuso del derecho, además de las autoridades²¹ señaladas por la Ley 797 de 2003, las administradoras de pensiones que tengan a su cargo el pago de las aludidas prestaciones periódicas se encuentran facultadas para promover el recurso extraordinario de revisión en procura de que aquellas sean reducidas o ajustadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la Corte anotó que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para discutir providencias judiciales en las que presuntamente se incurrió en un abuso del derecho en el reconocimiento y/o liquidación de una prestación periódica por su naturaleza eminentemente subsidiaria y, en esa medida, solo procede en los «[...] *casos en los que de manera palmaria se evidencie la ocurrencia de dicha irregularidad*». Acerca de este aspecto, indicó:

7.15. La Sala Plena estima pertinente acoger una tesis que permita armonizar los principios en tensión y superar, en la mayor medida de lo posible, los conflictos surgidos entre los derechos de los sujetos implicados en esta clase de causas. Al efecto, en primer lugar, esta Corporación deberá establecer si la acción de tutela es procedente para revisar las prestaciones reconocidas con abuso del derecho, frente a lo cual este Tribunal advierte que, en principio, el recurso de amparo no sería viable puesto que el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó un inciso al artículo 48 superior, en el cual se indica que “*la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones*

¹⁹ «[...] *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.* [...]».

²⁰ M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²¹ «[...] *Las providencias judiciales que [...] hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación*».



reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”, por lo que en atención al principio de subsidiariedad debería acudir a dicho instrumento especializado para examinar las prestaciones periódicas sobre las cuales se cierna duda en torno a su legalidad.

7.16. Sin embargo, la Corte evidencia que no se ha expedido una ley que desarrolle dicho mandato, por lo que se ha acudido al instrumento contemplado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 como vía para la revisión de las pensiones reconocidas mediante providencias judiciales en las hipótesis de abuso del derecho, tal y como se dispuso en la Sentencia C-258 de 2013²². En ese orden de ideas, la Sala estima pertinente realizar las siguientes precisiones en torno a la posible aplicación de dicho mecanismo²³:

[...]

7.21. En ese orden de ideas, respecto del término para interponer el mecanismo de revisión de las decisiones judiciales que hayan reconocido pensiones con abuso del derecho existió un vacío legal que sólo se superó con el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011²⁴, que además constituye el único desarrollo sobre la materia en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y que estableció de forma expresa que *“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.”*

[...]

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 financiero²⁵.

²² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En dicha providencia se señaló que *“este procedimiento fue diseñado para otras causales y fue adoptado antes de 2005. Por lo tanto, no constituye el desarrollo del mandato contenido en el Acto Legislativo. Sin embargo, en ausencia de un vehículo legal específico, para esta hipótesis se dará aplicación a los artículos 19 y 20 de dicha ley. El primero, para las pensiones reconocidas exclusivamente por vía administrativa. El segundo, para las pensiones reconocidas en cumplimiento de una sentencia judicial sobre el alcance del derecho a la pensión, el derecho a la igualdad u otro derecho atinente al alcance del derecho pensional del interesado, no simplemente sobre el derecho de petición.”*

²³ En esa línea, puede consultarse el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la Sentencia T-060 de 2016 (M.P. Alejandro Lineras Cantillo).

²⁴ *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*

²⁵ Cfr. Sentencias T-363 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-300 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).



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

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

7.26. No obstante lo anterior, este Tribunal avizora que la afectación del erario público con ocasión de una prestación evidentemente reconocida con abuso del derecho tiene la vocación de generar un perjuicio irremediable a las finanzas del Estado, las cuales se utilizan para garantizar, entre otros, el derecho a la seguridad social de los colombianos, por lo que en casos de graves cuestionamientos jurídicos frente a un fallo judicial que impone el pago de prestaciones periódicas a la UGPP, el amparo será viable con el fin de verificar la configuración de la irregularidad advertida y adoptar las medidas respectivas.

2.6 Solución al caso concreto. En el *sub lite* la tutelante pide dejar sin efectos la sentencia de 18 de marzo de 2022, porque, a su juicio, las autoridades accionadas ordenaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Claudina Ávila de Banoy, con fundamento en que, en aplicación del principio de favorabilidad y de la postura contenida en la sentencia SU-769 de 2014 de la Corte Constitucional, era dable computar las cotizaciones realizadas por el causante de la prestación en los sectores público y privado, lo que le permitió acceder a los beneficios del Acuerdo 49 de 1990, situación que desconoce que su régimen pensional (por haberse desempeñado como servidor público durante la mayor parte de su vida laboral) es el contenido en la Ley 33 de 1985, frente al cual no satisfizo los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación, habida cuenta de que no superó los 20 años de servicios.

Asimismo, aduce que no es dable que se le imponga asumir el valor de la mesada reconocida a la demandante en esas diligencias, puesto que el Acuerdo 49 de 1990 solo atañe a los trabajadores particulares (condición que no tuvo el señor Luis Eduardo Banoy Gutiérrez [q. e. p. d.]) y su marco de aplicación



corresponde a las competencias funcionales del extinguido Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), y no a las de la entonces Caja Nacional de Previsión Social (hoy UGPP).

Por su parte, los magistrados demandados señalan que para adoptar la determinación reprochada realizaron un análisis adecuado del régimen pensional que concierne al causante de la prestación y acogieron las reglas jurisprudenciales dictadas por la Corte Constitucional, en sentencia SU-769 de 2014, y el Consejo de Estado, en fallo de 7 de noviembre de 2019²⁶ (subsección B de la sección segunda), que avalan la posibilidad de dar «[...] *aplicación [al] Acuerdo No. 049 de 1990 para acumular tiempos de servicio cotizado a cajas o fondos de previsión social, tanto en el sector público como privado*», por ende, como el causante acreditó haber cotizado 300 semanas en cualquier época (anteriores a su fallecimiento), colmó las condiciones previstas en los artículos 6º, 25 y 26 de la mencionada norma.

En atención a lo expuesto en líneas precedentes, la Sala estima que la acción de tutela de la referencia, como se concluyó en primera instancia, no satisface la exigencia de la subsidiariedad, comoquiera que a través de esta la actora pretende dejar sin efectos un fallo proferido con presunto abuso del derecho, pese a que tiene a su disposición otro instrumento judicial para controvertirlo, como lo es el recurso extraordinario de revisión, dado que conforme a la letra b del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, este resulta procedente «*Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables*», circunstancia que se enmarca dentro de lo alegado por la UGPP para acudir en sede de tutela.

De acuerdo con lo anotado, se evidencia que la demandante cuenta con otro mecanismo de defensa en el que puede exponer sus inconformidades frente a la indebida escogencia, por parte de los magistrados accionados, del régimen pensional conforme al cual debió estudiarse la viabilidad de otorgar la pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Ávila de Banoy, puesto que se aplicó el Acuerdo 49 de 1990, a pesar de que el causante de la prestación estaba cobijado por las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, comoquiera que la mayor parte de su vida laboral se desempeñó como

²⁶ Se sostuvo que, «[...] *pese a que no existe en esta Corporación un criterio unificado sobre el tema, en aras de los principios de justicia social y de la protección de que gozan los adultos mayores, derechos de alta relevancia constitucional que no deben ser desconocidos, en virtud del principio pro homine y los tratados internacionales, esta Sala acogerá el derrotero de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del Decreto 758 de 1990 al caso del actor quien cotizó al ISS y a otras cajas, como trabajador estatal y privado*».



empleado público, decisión que, a su juicio, constituye un abuso del derecho y atenta contra la sostenibilidad fiscal del sistema pensional.

Resulta oportuno señalar que, ante la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, es indispensable que quien depreca el amparo de un derecho constitucional fundamental haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, previa la interposición de la acción.

De tal manera que la falta de diligencia de la actora, entendida como la renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa previstos en la normativa legal, constituye una causal válida para declarar la improcedencia del trámite constitucional frente al caso particular.

A guisa de corolario de lo que se deja consignado, en este asunto el ejercicio de la tutela resulta improcedente porque dicho amparo se encuentra gobernado por el principio de subsidiariedad, según el cual esta no tiene cabida «*Cuando existan otros recursos o medios de defensa [...]*»²⁷. Es decir, si los medios ordinarios pueden ser utilizados de manera eficaz (recurso extraordinario de revisión), como acontece en el *sub lite*, la acción instaurada no resulta pertinente.

En tales condiciones (la existencia de otro medio de defensa judicial), es aplicable la preceptiva del numeral 1 del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, norma que guarda estricta armonía con el artículo 86 de la Constitución Política, en virtud de los cuales la acción de tutela «*[...] solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial [...]*»²⁸.

Por último, se anota que carece de asidero jurídico el argumento de la tutelante acerca de que en este asunto se debe flexibilizar el presupuesto de subsidiariedad en atención a que la ejecución del fallo reprochado le representa asumir el pago de una mesada reconocida con inobservancia del ordenamiento jurídico, comoquiera que esa sola situación no da lugar a la intervención del juez de tutela.

A partir de los anteriores prolegómenos, la Sala concluye que las circunstancias propias del asunto no colman los presupuestos legales ni jurisprudenciales para su procedencia, razón por la que se impone confirmar la decisión de primera instancia, que declaró improcedente la acción de tutela de

²⁷ Numeral 1 del artículo 6° del Decreto ley 2591 de 1991.

²⁸ Artículo 86 de la Carta Política.



la referencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución Política,

FALLA:

1°. Confírmase la sentencia de 14 de octubre de 2022, a través de la cual el Consejo de Estado (subsección C de la sección tercera) declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, conforme a la parte motiva.

2°. Notifíquese este fallo a las partes por el medio más expedito, en la forma y término previstos en el Decreto 2591 de 1991.

3°. Comuníquese la presente decisión a la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado y remítasele copia.

4°. Ejecutoriada esta providencia, como lo prevé el artículo 32 del Decreto ley 2591 de 1991 envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS