

T-212-18

Sentencia T-212/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROCEDENCIA Y LEGITIMIDAD DE LA UGPP PARA INTERPONER RECURSO DE REVISION

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROCEDENCIA Y LEGITIMIDAD DE LA UGPP PARA INTERPONER RECURSO DE REVISION-Para controvertir decisiones judiciales que han reconocido y reliquidado pensiones con palmario abuso del derecho, según art. 20 de la ley 797 de 2003

PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO-Criterios para identificar eventos en los que el abuso del derecho emerge de modo palmario

Un abuso palmario del derecho se presenta cuando esos incrementos o ventajas irrazonables se fundan en una vinculación precaria.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES INTERPUESTA POR LA UGPP-Improcedencia por no existir abuso palmario del derecho en reliquidación pensional

La Sala concluyó que en el presente caso no se acreditó el abuso palmario del derecho y declaró improcedente el amparo pues la UGPP puede interponer el recurso de revisión para cuestionar la providencia alegada, que constituye un mecanismo eficaz e idóneo para controvertir las providencias judiciales que ordenaron la liquidación pensional a favor de la accionante.

Referencia: Expediente T-6.406.733.

Acción de tutela presentada por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

Asunto: Tutela contra providencia judicial, abuso del derecho en forma palmaria, alcance del régimen de transición y exclusión del IBL.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., primero (1º) de junio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia del 30 de agosto de 2017 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 13 de julio de 2017 proferido por la Sección Cuarta de la misma Corporación, dentro de la acción de tutela promovida por la UGPP contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 27 de octubre de 2017, la Sala Número Diez de Selección de Tutelas de esta Corporación escogió el expediente T- 6.406.733 para su revisión y lo asignó a la Magistrada Ponente para su sustanciación[1]. En el mismo auto se dispuso acumular el referido expediente al T-6.390.550 seleccionado por auto del 13 de octubre de 2017 “por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia, si así lo considera la Sala de Revisión correspondiente”[2].

Posteriormente, la Magistrada Sustanciadora profirió el Auto 660 del 5 de diciembre de 2017 en el que decretó la desacumulación procesal del expediente T-6.406.733 para que fuera fallado en una sentencia independiente[3].

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones.

1. La señora María Esther Chiquillo Tavera prestó sus servicios a la Contraloría General de la República desde el 16 de agosto de 1978 hasta el 12 de marzo de 2004 y su último cargo desempeñado en la entidad fue de asesora grado 02 del Despacho de Vicecontralor en Bogotá.

2. CAJANAL le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución del 5 de octubre de 2007, tomando como ingreso base de liquidación el 75 % del promedio de lo devengado en los últimos diez años.

3. La referida señora, inconforme con tal liquidación solicitó a través de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se ordenara reliquidar su monto pensional equivalente al 75 % de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses de servicio y que se incluyeran factores que no se tuvieron en cuenta como la Bonificación Especial, vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, de conformidad con el régimen especial previsto para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

4. El 13 de mayo de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A accedió a las pretensiones de la demandante y condenó a CAJANAL a la reliquidación pensional de la señora María Esther Chiquillo Tavera.

5. La decisión fue apelada por la UGPP y por la demandante[4] y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia del 7 de diciembre de 2011 confirmó el fallo de primera instancia.

6. En diciembre de 2012, la UGPP reliquidó el monto pensional con el 75 % de los factores devengados en el último semestre de servicios, incluyendo como factores la bonificación especial (quinquenio), vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, en cumplimiento del fallo emitido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

7. La UGPP interpuso acción de tutela en la que solicita que se tutelen sus derechos

fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia “en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional”[5]. Pidió que: (i) se dejen sin efecto los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del 13 de enero de 2010 y el 7 de diciembre de 2011 respectivamente, (ii) se ordene al Consejo de Estado dictar una nueva sentencia y (iii) se dejen sin efectos las resoluciones por las cuales se dio cumplimiento a los fallos objeto de la acción de tutela.

Alegó que las referidas providencias judiciales “desconocieron el precedente jurisprudencial [...] en las sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2013, en torno a la forma de aplicar el régimen de transición en cuanto al IBL”[6] y en defecto sustantivo al indicar indebidamente que el ingreso base de liquidación corresponde al 75 % del promedio de lo devengado en el último semestre de servicio conforme lo establece la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985.

Fundamentos de la acción de tutela

La UGPP argumentó el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Aseguró que la cuestión que se plantea tiene relevancia constitucional porque discute la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Sostuvo que no existe otro medio de defensa eficaz e inmediato que evite la ocurrencia de un perjuicio irremediable porque agotó el recurso de apelación. Aseguró que se cumple el requisito de inmediatez pues la violación de sus derechos que se concretan en el desembolso periódico de la mesada pensional muestra el carácter actual de la vulneración. En todo caso, señaló que el tiempo transcurrido para la interposición de la acción de tutela obedeció a la existencia de cinco circunstancias que configuran fuerza mayor: (i) la sucesión procesal de la extinta CAJANAL, (ii) las funciones asignadas a la UGPP, (iii) la recepción de entidades liquidadas, (iv) la fecha de notificación de la sentencia SU-230 de 2015 y (v) la fecha de notificación de la sentencia SU-427 de 2016.

La UGPP señaló como hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales

la inadecuada liquidación del IBL en la pensión de vejez de María Esther Chiquillo Tavera.

Acerca de las causales específicas la UGPP argumentó que las providencias judiciales atacadas incurrieron en defecto sustantivo porque indican en forma incorrecta que el IBL corresponde al 75 % del promedio de lo devengado en el último semestre de servicio y con la inclusión de los factores devengados según lo establecido en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985. Igualmente incurrieron en desconocimiento del precedente judicial pues al momento de proferirse esos fallos ya estaban en firme las sentencias de unificación SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

B. Actuación procesal

Mediante auto del 19 de mayo de 2017, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la acción de tutela presentada por la UGPP y ordenó la notificación a los despachos judiciales accionados. Adicionalmente, dispuso notificar en calidad de terceros con interés a la señora María Esther Chiquillo Tavera y a la directora de defensa jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Respuesta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

Uno de los magistrados integrantes de la Alta Corporación solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela presentada por la UGPP. Expuso que la providencia cuestionada se “notificó por edicto fijado entre el 24 de mayo y el 28 de febrero de 2012, y la solicitud de tutela se radicó el 2 de mayo de 2017, es decir que la acción constitucional no se presentó dentro del plazo de inmediatez que fue acogido por la Sala Plena de esta corporación, [...] esto es, seis meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia”[7]. Agregó que aun desde el 12 de junio de 2013, fecha en la que la UGPP asumió las funciones de CAJANAL, “ya transcurrió el referido término de caducidad, por tal razón aquella no se presenta como una justificación válida que permita superar este requisito para que proceda la acción de tutela de la referencia”[8].

Por último, expuso que la UGPP cuenta con otro medio de defensa judicial para cuestionar la mesada pensional de la señora Chiquillo Tavera, esto es, el recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, si considera que es superior a la que legalmente

corresponde.

Respuesta de la señora María Esther Chiquillo Tavera

La señora María Esther Chiquillo Tavera manifestó que como beneficiaria del régimen de transición goza de derechos adquiridos y, en consecuencia, “el régimen aplicable es el anterior, esto es el 75 % de lo devengado durante los últimos seis (6) meses de servicio, conforme al Artículo 7º del Decreto 929 de 1976”[9].

Aseguró que no es cierto que las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 “se encontraban vigentes para la fecha en que se dictaron las sentencias controvertidas en la presente Tutela, [...], las decisiones contenciosas administrativas son de fechas 13 de mayo de 2010 y 7 de diciembre de 2011”[10].

Argumentó que “[e]n el presente caso, se observa que las providencias enjuiciadas, quedaron debidamente ejecutoriadas el 2 de marzo de 2012, y se tiene que la acción de tutela se presentó el 24 de abril de 2017; es decir, luego de transcurrido un término de más de cinco (5) años. Por lo que la acción de tutela no acredita el cumplimiento del requisito de inmediatez”[11]. Así mismo, desde el 12 de junio de 2013, fecha en que se dio la sucesión procesal de CAJANAL a la UGPP, hasta la fecha de interposición de la acción de tutela “también vemos que carece del principio de inmediatez, pues transcurrió un término de más de tres (3) años y diez (10) meses”[12].

Agregó que “se deberá declarar improcedente por no haberse agotado el requisito del recurso extraordinario de revisión contemplado en el artículo 20 de la ley 797 de 2003”[13].

Respecto de los presuntos defectos que la UGPP atribuye a los fallos que ordenaron la reliquidación pensional, expuso que las normas relativas al régimen de transición deben aplicarse de manera integral y en consonancia con el principio de inescindibilidad de la norma. En su caso se refiere al artículo 7º del Decreto 929 de 1976.

Acerca de la aplicación de las Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 citó las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 10 de julio de 2014 y del 25 de febrero de 2016 en las cuales se expuso que las consideraciones hechas en la

Sentencia C-258 de 2013 no pueden extenderse de manera general a otros regímenes pensionales o exceptuados. A su juicio, la Sentencia C-258 de 2013, “únicamente aplica para aquellas personas que se encuentran en el régimen pensional de congresistas y de altos funcionarios del Estado”[14] (énfasis original). Agregó que el precedente fijado en la Sentencia SU-230 de 2015 no resulta aplicable a los asuntos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues esa providencia se profirió con ocasión de una acción de tutela interpuesta contra una sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Y trajo a colación la Sentencia T-615 de 2016[15] en la que se señaló “que el precedente de la sentencia C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, no aplicaba para las personas que hubiesen consolidado su derecho pensional antes de la expedición de estas sentencias”[16] (énfasis originales).

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de julio de 2017, declaró improcedente la acción de tutela invocada por la UGPP, con fundamento en los siguientes argumentos:

“En definitiva, la solicitud de amparo formulada por la UGPP carece del requisito de inmediatez, por cuanto la sentencia del 7 de diciembre, dictada en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, fue expedida en el año 2011, notificada por edicto desfijado el 28 de febrero de 2012, mientras que la demanda de tutela fue presentada el 9 de mayo de 2017. Es decir, la UGPP dejó transcurrir más de cinco años para solicitar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las autoridades judiciales aquí demandadas, circunstancia que, sin duda, desconoce el requisito de inmediatez”[17].

También señaló que no advertía circunstancias que justificaran la presentación tardía de la acción de tutela.

Impugnación

La UGPP impugnó el fallo proferido el 13 de julio de 2017. La entidad expuso que no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la flexibilización del requisito de

inmediatez para las acciones de tutela de la UGPP dado que no podría haber iniciado acciones en defensa de sus intereses antes del 12 de junio de 2013 y que la negligencia de CAJANAL no puede imputarse a la UGPP. Añadió que en la decisión de primera instancia se desconoció que a partir de la Sentencia SU-427 de 2016 se facultó a la UGPP para iniciar acciones de tutela cuando exista “un flagrante abuso del derecho”[18].

Argumentó que existen motivos válidos para haber interpuesto la acción de tutela seis meses después de la fecha de la sentencia cuestionada. Se refirió a que hubo circunstancias de fuerza mayor y justas causas como: (i) el agotamiento del procedimiento interno en la UGPP para determinar si la prestación ordenada judicialmente “es irregular o no y en caso afirmativo determinar qué tipo de acciones procede (sic) contra ese tipo de reconocimientos”[19]; (ii) el ejercicio de competencias de la UGPP respecto de otras entidades liquidadas, distintas a CAJANAL.

Reiteró lo dicho en la acción de tutela sobre la configuración de los defectos sustantivo o material y de desconocimiento del precedente judicial.

Sentencia de segunda instancia

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 30 de agosto de 2017, confirmó la decisión proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 13 de julio de 2017.

Si bien la Sección Quinta constató que la UGPP dejó trascurrir un tiempo considerable para interponer la acción de tutela, estimó que había lugar a flexibilizar el requisito de inmediatez porque (i) se trata de sentencias dictadas dentro de procesos que la UGPP recibió como consecuencia de la liquidación de CAJANAL y el estado de cosas inconstitucional asociado a dicha entidad, y (ii) no es un caso iniciado directamente contra la UGPP.

Luego de declarar superado el requisito de inmediatez, advirtió que la UGPP aún cuenta con la posibilidad de interponer el recurso de revisión previsto para discutir providencias judiciales que ordenan reconocimientos pensionales y que, en este caso, no se avizora un abuso palmario del derecho para hacer excepcionalmente procedente la tutela a pesar de

existir mecanismos ordinarios de defensa.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

El 15 de diciembre de 2017, la Magistrada sustanciadora profirió auto en el que ofició a la UGPP para que informara sobre el incremento pensional resultado de los fallos que ordenaron la reliquidación pensional dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que se tuvo como base para la reliquidación todos los factores devengados en el último semestre de servicio[20].

Respuesta de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

El Subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP expuso que el monto pensional inicialmente reconocido a la señora María Esther Chiquillo Tavera en la Resolución del 5 de octubre de 2007 fue de \$3'819.903,85. El historial de pagos allegado por la UGPP[21] mostró que el nuevo monto pensional en cumplimiento de la reliquidación efectuada en el año 2013 fue de \$7'213.717,14.[22]

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de los procesos de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El 6 de diciembre de 2017, ante el informe rendido por la Magistrada Sustanciadora de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 61 del Reglamento de esta Corporación, la Sala Plena decidió no asumir el conocimiento del asunto de la referencia.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. En el caso objeto de estudio, la señora María Esther Chiquillo Tavera es beneficiaria del régimen de transición en pensiones. CAJANAL liquidó su prestación pensional de conformidad con las normas sobre IBL contenidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Inconforme con esa determinación ejerció el medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho, con el fin de que se anulara la resolución que calculó y otorgó su pensión y, en consecuencia, se ordenara su reliquidación de forma tal que el ingreso base de liquidación (IBL) sea considerado como parte del régimen de transición pensional.

3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en la sentencia del 13 de mayo de 2010 concedió las pretensiones de la señora Chiquillo Tavera y ordenó reliquidar la pensión “en cuantía equivalente al 75 % del promedio de salarios devengados durante el último semestre”, y la inclusión como factores de la bonificación especial (quinquenio), vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A resolvió, en segunda instancia, confirmar la orden de reliquidación pensional.

4. La UGPP sostiene que los anteriores fallos vulneran sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia al incurrir en defecto sustantivo, por aplicar normas derogadas, y en desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional sobre la exclusión del IBL del régimen de transición en pensiones.

5. A partir de lo anterior, la Sala debe primero resolver si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia excepcional contra providencias judiciales. De superar ese análisis, se deberá verificar si: ¿las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A incurrir en defecto sustantivo o en desconocimiento del precedente judicial al ordenar la reliquidación pensional de la señora María Esther Chiquillo Tavera, de acuerdo a las normas sobre IBL contenidas en el régimen de transición en pensiones?

6. Para abordar los problemas jurídicos planteados, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales con especial mención de las subreglas fijadas para las acciones interpuestas por la UGPP en supuestos de abuso del derecho. Posteriormente analizará (ii) la procedencia general en el caso concreto y, de superar dicho examen, la Sala reiterará: (iii) la caracterización del defecto sustantivo y del desconocimiento del precedente como causales específicas de

procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, (iv) la interpretación jurisprudencial del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y (v) para resolver los problemas jurídicos de fondo procederá al análisis de la existencia de un defecto sustantivo o del desconocimiento del precedente en el caso concreto.

Procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia[23]

7. El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidas las autoridades judiciales.

En desarrollo de este precepto, los artículos 11, 12 y 40 Decreto 2591 de 1991 previeron la posibilidad de que cuando los jueces emitieran decisiones que vulneraran garantías fundamentales, las mismas fueran susceptibles de verificación por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992[24], declaró la inexequibilidad de los referidos artículos. En ese fallo, la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

8. A pesar de tal declaración de inexequibilidad, esta Corporación sostuvo la doctrina de las vías de hecho, mediante la cual se plantea que la acción de tutela sí puede ser invocada contra una providencia judicial, cuando ésta es producto de una manifiesta situación de hecho, creada por acciones u omisiones de los jueces, que implican trasgresión o amenaza de un derecho fundamental.

En esa medida, a partir de 1992 se permitió la procedencia de la acción de tutela para atacar, por ejemplo, sentencias que se hubieran basado en normas inaplicables, proferidas con carencia absoluta de competencia o bajo un procedimiento ajeno al fijado por la legislación vigente. Tales vías de hecho fueron identificándose caso a caso[25].

9. Con posterioridad, esta Corte emitió la Sentencia C-590 de 2005[26], en la cual la doctrina de las vías de hecho fue replanteada en los términos de los avances jurisprudenciales que se dieron en ese interregno. En dicho fallo, la Corte diferenció dos

tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así: (i) requisitos generales de naturaleza procesal y (ii) causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

10. En la Sentencia C-590 de 2005, la Corte buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello, estableció diversas condiciones procesales que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales especiales.

Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

10.1. Frente a la exigencia de que lo discutido sea de evidente relevancia constitucional, esta Corte ha dicho que obedece al respeto por la órbita de acción tanto de los jueces constitucionales, como de los de las demás jurisdicciones. Debe el juez de tutela argumentar clara y expresamente por qué el asunto puesto a su consideración es realmente una cuestión de relevancia constitucional, que afecta los derechos fundamentales de las partes.

10.2. El deber de agotar todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del afectado, guarda relación con la excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de tutela, pues de lo contrario ella se convertiría en una alternativa adicional para las partes en el proceso. Esta exigencia trae consigo la excepción consagrada en el artículo 86 Superior, en tanto puede flexibilizarse cuando se trata de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

10.3. Adicionalmente, el juez debe verificar que la acción de tutela se invoque en un

término razonable y proporcionado, contado a partir del hecho vulnerador, a fin de cumplir el requisito de la inmediatez. De no ser así, se pondrían en riesgo la seguridad jurídica y la institución de la cosa juzgada, pues las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

10.4. Asimismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe haber sido decisiva o determinante en la sentencia que se impugna y debe afectar los derechos fundamentales del peticionario. Este requisito busca que sólo las irregularidades verdaderamente violatorias de garantías fundamentales tengan corrección por vía de acción de tutela, de manera que, se excluyan todas aquellas que pudieron subsanarse durante el trámite, bien por el paso del tiempo o de las actuaciones, bien por la ausencia de su alegato.

10.5. También se exige que la parte accionante identifique razonablemente los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales. Este requisito pretende que el o la demandante ofrezca plena claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial. En este punto, es importante que el juez de tutela verifique que los argumentos se hubieren planteado al interior del proceso judicial, de haber sido esto posible.

10.6. La última exigencia de naturaleza procesal que consagró la tipología propuesta en la C-590 de 2005, fue que la sentencia atacada no sea de tutela. Así se buscó evitar la prolongación indefinida del debate constitucional, más aún cuando todos los fallos de tutela son sometidos a un proceso de selección ante esta Corporación, trámite después del cual se tornan definitivas, salvo las escogidas para revisión.

11. Como es sabido, el Gobierno Nacional ordenó la liquidación y supresión de la antigua Caja Nacional de Previsión, en adelante CAJANAL[27], y en consecuencia, dispuso que las funciones de dicha entidad fueran asumidas por la UGPP[28]. Situación que ocurrió de forma definitiva el 11 de junio de 2013[29].

En ejercicio de tales funciones, dentro de las cuales se contaba la de asumir la defensa judicial de los intereses de la extinta CAJANAL, la UGPP formuló varias acciones de tutela contra providencias judiciales, a partir de las cuales argumentaba que los jueces habían concedido pensiones o prestaciones de forma irregular o sin el lleno de los requisitos, razón

por la cual era imperiosa su revisión. Algunas de esas acciones de tutela fueron seleccionadas para revisión de esta Corporación. Así, al analizarlas, la Corte Constitucional a través de sus distintas Salas de Revisión llegó a conclusiones distintas sobre la satisfacción de los requisitos de inmediatez y subsidiaridad de los reclamos de la UGPP.

12. La discusión no fue pacífica y, a través del estudio de los fallos de esta Corte, se podían distinguir claramente dos posturas opuestas. La primera sostenía que dadas las barreras que encontró CAJANAL al haber entrado en un estado de cosas inconstitucional, no le eran exigibles los requisitos de inmediatez y subsidiaridad a la UGPP con la misma rigurosidad que a otras personas que pretendían atacar por vía de tutela una decisión judicial. Entretanto, la segunda planteaba que la flexibilización de las exigencias de procedencia no debía aplicarse a la UGPP, en la medida en que no es un sujeto de especial protección y las prestaciones ordenadas por los jueces, a pesar de ser periódicas, no podían leerse desde la óptica del derecho fundamental a la seguridad social[30].

Para unificar una postura al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió las Sentencias SU-427 de 2016[31], SU-395 de 2017[32] y SU-631 de 2017[33], de las cuales se pueden extraer las siguientes reglas sobre subsidiariedad e inmediatez en materia de tutelas presentadas por la UGPP.

Subsidiariedad

13. El Acto Legislativo 1º de 2005, adicionó el artículo 48 de la Constitución, e indicó que la Ley debía establecer “un procedimiento breve para la revisión de las pensiones 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”. A partir de dicha reforma constitucional, se entiende que tal procedimiento es el que debe seguir cualquier administradora de pensiones, como la UGPP, cuando encuentra irregularidades en el reconocimiento de prestaciones pensionales.

Ahora bien, como lo indicó la Sentencia SU-427 de 2016, ese mandato constitucional no ha tenido un desarrollo legal específico, por lo tanto, desde hace varios años, se ha recurrido al recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003[34], para que las administradoras de pensiones puedan hacer la revisión de las referidas prestaciones concedidas a partir de ciertas irregularidades y/o con abuso del derecho. Lo anterior, tal y

como lo dispuso la Sentencia C-258 de 2013[35].

14. Del mismo modo, es importante aclarar que si bien el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que ese recurso sólo puede ser usado por parte de unas entidades[36], esta Corte precisó que la legitimación para interponer el recurso de revisión por la configuración de un abuso del derecho 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 financiero”[37].

15. Ahora bien, en relación con el término que tienen las administradoras de pensiones para interponer el mecanismo extraordinario de revisión de las decisiones judiciales que hayan reconocido pensiones con abuso del derecho, la regla general, según el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011, es dentro de los cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia judicial. En el caso específico de las reclamaciones que presente la UGPP respecto de providencias judiciales proferidas con anterioridad a que esa entidad asumiera la defensa judicial de CAJANAL, esta Corte indicó en Sentencia SU-427 de 2016, que “el plazo para acudir a dicho instrumento debe iniciarse a contar no antes del día en que la demandante asumió las funciones de esta última empresa [CAJANAL], es decir, con posterioridad al 12 de junio de 2013”[38]. Es decir, para estos eventos se mantienen los cinco (5) años, pero se cuentan, excepcionalmente para la UGPP, a partir del 12 de junio de 2013.

16. Así las cosas, ante la existencia de otro mecanismo judicial como lo es el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en principio, las acciones de tutela interpuestas por la UGPP u otra administradora de pensiones 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.

17. No obstante lo anterior, esa improcedencia como regla general de las acciones de tutela que las administradoras de pensiones interpongan contra providencias judiciales, tiene una excepción establecida por la jurisprudencia constitucional[39]. De este modo, se señaló que la acción de tutela es procedente únicamente en casos en los que se presente

un abuso palmario del derecho.

Lo anterior, tuvo como justificación que en casos de abuso palmario del derecho, “el ejercicio del derecho pensional pudo haber desbordado los límites que le impone el principio de solidaridad del sistema de seguridad social”, y a su vez, generar ventajas irrazonables que ponen en “riesgo inminente a los demás afiliados del sistema de seguridad social, con ocasión de una anomalía en la interpretación judicial, en relación con la cual CAJANAL no pudo ejercer su derecho de defensa y la UGPP se encuentra obligada a hacer erogaciones cuantiosas que, por su carácter periódico, atentan contra la equidad y la sostenibilidad del sistema, de manera actual. Todo ello debe derivar de la elusión de los principios y de las reglas que rigen el sistema pensional”[40].

En este sentido, esta Corte en las Sentencias SU-427 de 2016[41], SU-395 de 2017[42] y SU-631 de 2017[43] tuvo la oportunidad de establecer en qué circunstancias se acredita el “abuso palmario del derecho” que conduzca a la procedencia excepcional de aquellas acciones de tutela promovidas por la UGPP contra providencias judiciales que ordenan liquidaciones pensionales.

18. Así, por ejemplo, la Sentencia SU-427 de 2016[44] destacó que el medio principal para discutir las providencias judiciales en las que presuntamente se haya incurrido en un abuso del derecho es el recurso de revisión y que excepcionalmente la acción de tutela es procedente únicamente ante la existencia de un abuso palmario del derecho. Adicionalmente, la Sala Plena recurrió a un análisis conjunto de varias circunstancias indicativas de un abuso del derecho.

19. Posteriormente, en la Sentencia SU-395 de 2017[46], además de reiterar la improcedencia general de las acciones de tutela ante la existencia de una vía judicial principal para controvertir la decisión judicial en la que se configure un presunto abuso del derecho señaló que, “reconocimientos prestacionales logrados mediante un abuso del derecho evidente, amerita que ante casos de graves cuestionamientos jurídicos frente a un fallo judicial que impone el pago de prestaciones periódicas a la UGPP” el amparo es procedente excepcionalmente. Se concluye que no cualquier aumento pensional es susceptible de configurar un abuso del derecho evidente o palmario y este carácter se restringe a aquel que pueda considerarse “grave”.

20. Así mismo, en aras de precisar tal noción, la Sentencia SU-631 de 2017[47] señaló como criterios para identificar un abuso palmario del derecho: (i) que se presenten incrementos pensionales ilegítimos que resultan mensualmente tan cuantiosos, que indudablemente desfinanciarán al sistema pensional; (ii) que no exista una correspondencia entre el reconocimiento pensional y la historia laboral del beneficiario, que permite suponer que el incremento que favoreció al interesado es excesivo; y (iii) que la conducta de quien busca el beneficio pensional esté dirigida a buscar en forma evidente, inconfundible y a ultranza una ventaja irrazonable o un incremento monetario significativo en comparación con otros afiliados sin arreglo a la normativa vigente, como puede ser el caso de omitir la regla constitucional establecida en la Sentencia C-258 de 2013[48] según la cual, ninguna pensión con cargo a recursos de naturaleza pública puede superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aunado a lo anterior, se indicó que un abuso palmario del derecho se presenta cuando esos incrementos o ventajas irrazonables se fundan en una vinculación precaria. Así, la Sentencia SU-631 de 2017[49], consideró que el carácter precario de la vinculación se define por su fugacidad la cual puede originarse, por ejemplo, por la satisfacción de un encargo o una provisionalidad o en el nombramiento en propiedad en cargos de libre nombramiento y remoción. Asimismo, señaló que hay vinculaciones como las que son resultado de un concurso de méritos que excluyen el carácter fugaz de tal vinculación precaria. De ese modo, la ventaja irrazonable se da como consecuencia de una “anomalía en la interpretación judicial”[50] ante la cual, administradoras de pensiones, como la UGPP, se ven obligados a hacer “erogaciones cuantiosas que, por su carácter periódico, atentan contra la equidad y la sostenibilidad del sistema, de manera actual”[51].

A partir de los criterios expuestos, en dos de los casos analizados en la Sentencia SU-631 de 2017[52], la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que se comprobó la existencia de un abuso palmario del derecho al verificar que: (i) hubo incrementos pensionales de \$2.723.076 y \$5.958.057 equivalentes a un aumento porcentual de 51,44 % y 115 % respectivamente; (ii) esos incrementos fueron a causa de vinculaciones precarias por designaciones en encargo por un mes y 20 días y 2 meses y 23 días; y (iii) la cotización histórica en los dos casos mostraba que la historia laboral se había efectuado a partir de un rango salarial menor a aquel que corresponde con el cargo ocupado mediante vinculación precaria.

Por su parte, el tercer caso estudiado en la Sentencia SU-631 de 2017[53] fue declarado improcedente al señalar que la UGPP no aportó la información necesaria para demostrar que se estaba ante un abuso palmario del derecho que superara la regla general de improcedencia para discutir las decisiones judiciales con presunto abuso del derecho. Cabe destacar entonces que es deber del accionante, en este caso la UGPP, aportar la información necesaria, pertinente y conducente para establecer la existencia del abuso palmario del derecho y, así, hacer viable la acción de tutela excepcionalmente.

En suma, de las anteriores decisiones se desprende que (i) en cada caso se deben analizar en conjunto todos los factores puestos a consideración y no sólo uno de ellos; (ii) la UGPP tiene la carga de aportar la información necesaria para demostrar un abuso palmario del derecho; y (iii) algunos criterios indicativos que ha considerado la Corte para determinar la existencia de un abuso palmario del derecho son: (a) el monto del incremento pensional; (b) la vinculación precaria en cargos con asignaciones salariales superiores, (c) la falta de correspondencia entre el reconocimiento pensional y la historia laboral del beneficiario y (d) la ventaja irrazonable en comparación con otros beneficiarios del sistema pensional como es el caso de la exclusión de topes al monto pensional.

Si bien es cierto que la verificación de uno solo de estos criterios indicativos por sí sola no es suficiente para concluir sobre un abuso del derecho de las características anotadas y es necesaria la evaluación del conjunto de circunstancias presentes en cada caso, los criterios y pautas de interpretación antes mencionados tienen por propósito facilitar la labor interpretativa de la Corte para determinar los casos de abuso palmario del derecho. Sin embargo, la Corte Constitucional y sus distintas Salas de Revisión conservan la autonomía interpretativa para formar su criterio en torno a la acreditación de un abuso palmario del derecho que conduzca a la procedencia excepcional de la acción de tutela.

21. Ahora bien, cuando se cumplen los referidos criterios, de manera tal que se compruebe que existe un abuso palmario del derecho que habilita el estudio de una acción de tutela, esta Corte indicó en la Sentencia SU-427 de 2016[54] que el operador jurídico deberá tomar las medidas necesarias para no afectar de manera grave los derechos fundamentales de los implicados en la causa, por lo que, en caso de verificarse la existencia de una irregularidad, lo procedente es disponer que el reajuste de la prestación se dé conforme al ordenamiento jurídico constitucional. Esto significa que no tenga efectos de manera inmediata, sino que se

conceda un periodo de gracia, que la Sala, en la Sentencia SU-631 de 2017[55], fijó como prudencial en seis meses contados a partir de la fecha de la notificación del reajuste. Por otra parte, la Corte estableció que el funcionario jurisdiccional también deberá disponer que no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero ya canceladas, comoquiera que las mismas se presumen percibidas de buena fe.

22. En síntesis, para el análisis del requisito de subsidiariedad en las acciones de tutela interpuestas la UGPP se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

(i) Por regla general las acciones de tutela que pretendan controvertir providencias judiciales que ordenaron algún tipo de reconocimiento prestacional periódico con abuso del derecho, son improcedentes.

(ii) Esa improcedencia general del amparo obedece a la existencia del recurso extraordinario de revisión dispuesto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando se interponga dentro de la oportunidad establecida en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 (cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial) o en la Sentencia SU-427 de 2016 (cinco años contados a partir del 12 de junio de 2013, en el caso de que sean providencias judiciales proferidas antes de la fecha de sucesión de la UGPP en la representación judicial de CAJANAL, o a partir de la fecha de ejecutoria).

(iii) La legitimación para interponer el recurso extraordinario de revisión por la configuración de un abuso del derecho 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.

(iv) Excepcionalmente, las acciones de tutela interpuestas por las administradoras de pensiones para controvertir providencias judiciales por abuso del derecho, serán procedentes si tal abuso del derecho es de carácter palmario.

(v) Para la identificación de un abuso palmario del derecho en materia pensional debe realizar un análisis en conjunto de las diversas circunstancias presentes en los casos concretos y para el efecto se puede acudir a los criterios y pautas de interpretación fijados en las Sentencias SU-427 de 2016[56], SU-395 de 2017[57] y SU-631 de 2017[58],

relacionados con la existencia de incrementos pensionales desproporcionados, no correspondencia entre el monto de la pensión y la historia laboral, ventajas irrazonables como el desconocimiento de topes pensionales y/o vinculaciones precarias. El accionante tiene la carga de aportar la información necesaria, pertinente y conducente para establecer la existencia del abuso palmario del derecho y, así, que en el caso concreto procede excepcionalmente la acción de tutela. En todo caso, la Corte Constitucional, sus distintas Salas de Revisión y los jueces de tutela, con base en los principios de autonomía e independencia judicial, se encuentran en libertad para establecer su convencimiento sobre el caso concreto y sobre si existe o no un abuso del derecho de carácter palmario.

(vi) En los casos en los que se acredite un abuso palmario del derecho y se decida de fondo el caso se adoptarán medidas para no afectar los derechos fundamentales de los implicados en la causa, tales como establecer un período de gracia de seis meses para hacer el reajuste pensional y/o no hacer exigible el reintegro de sumas ya canceladas.

Inmediatez

23. Respecto del requisito de inmediatez, esta Corporación ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque no tiene término de caducidad[59]. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”[60].

Lo anterior ocurre porque se trata de un mecanismo judicial que tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes, que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando la acción se presenta mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante.

24. Este requisito de procedencia tiene por objeto no afectar la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presumen sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas.

25. De otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que de acuerdo con los hechos del caso, corresponde al juez establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Así

pues, no existe un término para interponer la acción, de modo que el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha presentado de manera razonable, con el fin de que se preserve la seguridad jurídica, no se afecten los derechos fundamentales de terceros, ni se desnaturalice la acción[61].

En este orden de ideas, tras analizar los hechos del caso, el juez constitucional puede concluir que una acción de tutela que en principio parecía carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, resulta procedente debido a las particulares circunstancias del asunto. Específicamente, la jurisprudencia ha identificado tres eventos en los que esto sucede:

“(i) [Ante] La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo[62], la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’”[63].

26. En síntesis, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que el presupuesto de inmediatez: (i) tiene fundamento en la finalidad de la acción constitucional, la cual supone

la protección urgente e inmediata de un derecho fundamental[64]; (ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; (iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso; y (iv) debe analizarse de forma rigurosa cuando la acción se dirige contra providencias judiciales.

Análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto.

- Legitimación por activa y pasiva

27. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso de estudio, la acción de tutela fue formulada en nombre de la UGPP, por su Subdirector Jurídico Pensional, Salvador Ramírez López, quien aportó los poderes generales que le habilitan para actuar en representación de los intereses de la entidad accionante[65].

En consecuencia la legitimación por activa, en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra plenamente comprobada.

28. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

En el asunto de la referencia se constata que los despachos judiciales y jueces colegiados accionados son autoridades públicas a quienes se les endilgan los hechos presuntamente violatorios de los derechos fundamentales y de las cuales se puede predicar acciones para que cesen o impidan que la vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia se siga produciendo.

- Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

29. El caso que en esta oportunidad se revisa cumple los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de (a) relevancia constitucional, (b) la identificación de los hechos generadores de la vulneración y los derechos fundamentales afectados y (c) que no se cuestione una sentencia de tutela.

30. La acción constitucional analizada involucra un asunto de relevancia constitucional como es la presunta vulneración de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Asimismo, supone la discusión sobre la capacidad financiera del sistema pensional y la aptitud del mismo para garantizar conforme a principios de sostenibilidad y solidaridad los derechos pensionales. De este modo, el asunto objeto de análisis trasciende la protección de derechos de estirpe exclusivamente legal.

31. En la acción de tutela que se revisa se identifican en forma suficiente los hechos que vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. La UGPP señala que las providencias judiciales que ordenaron reliquidar la pensión de la señora María Esther Chiquillo Tavera con base en normas que integran el régimen de transición pensional violan su derecho al debido proceso al desconocer la interpretación constitucional fijada al respecto.

32. Por último, a ninguna de las decisiones judiciales se le atribuyó una irregularidad procesal y ninguna de las providencias resuelven acciones de tutela. Se refieren a sentencias proferidas en primera y segunda instancia que resolvieron la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la señora María Esther Chiquillo Tavera como beneficiaria del régimen de transición y que pretendía su reliquidación pensional.

- Inmediatez

33. En el fallo de tutela de primera instancia se declaró incumplido el requisito de inmediatez al tomar como referencia la fecha de ejecutoria de la providencia judicial objeto de reproche constitucional y el momento en el que se interpuso la acción de tutela. Sin embargo, tal análisis no corresponde a las condiciones que ha fijado la Corte Constitucional para analizar el requisito de inmediatez de aquellas acciones de tutela que se impetran contra providencias proferidas antes de que la UGPP asumiera la representación judicial de

los casos conducidos por CAJANAL. De este modo, la fecha relevante a partir de la cual debe analizarse el plazo razonable para la interposición de la acción de tutela es el 12 de junio de 2013, como fecha en la que la UGPP sustituyó en sus funciones a CAJANAL.

En todo caso, la señora María Esther Chiquillo Tavera y el fallo de tutela de primera instancia coincidieron en manifestar que la presente acción no cumple el requisito de inmediatez porque desde el 12 de junio de 2013 transcurrieron más de tres años y diez meses para la radicación de la tutela.

34. Pese a que este término parece irrazonable en principio, la Sala considera que se cumple el requisito de inmediatez por dos razones. En primer lugar, en la Sentencia SU-631 de 2017[66] se advirtió que al momento de evaluar la procedencia de las acciones de tutela interpuestas por la UGPP deben considerarse “[e]l estado de cosas inconstitucional en el que estuvo inmersa CAJANAL hasta el momento de la liquidación de esa entidad, implica que la misma no tuvo ocasión de defender sus intereses en oportunidad y por los mecanismos ordinarios de acción judicial, y que el juez constitucional debe tener en cuenta su imposibilidad fáctica de respuesta para constatar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción. Cargar ahora a la UGPP con la responsabilidad de haber emprendido acciones imposibles, tanto para ella como para su antecesora, resulta desproporcionada y, en casos como estos, impediría la defensa de sus derechos y menoscabaría la posibilidad de mantener sostenible el sistema pensional, en desmedro de los principios constitucionales que lo informan, como el de la solidaridad”[67]. En segundo lugar, la presunta vulneración de los derechos de la UGPP es de carácter continuo que se concreta en el pago de las mesadas pensionales que generan detrimento del sistema pensional.

- Subsidiariedad

35. La acción de tutela interpuesta por la UGPP sería improcedente dada la posibilidad que le cabe a la referida entidad de interponer el recurso de revisión por la posible configuración de un abuso del derecho. Por un lado, la providencia judicial proferida en segunda instancia quedó ejecutoriada el 2 de marzo de 2012[68], esto es, con anterioridad a la fecha en la que la UGPP asumió la representación judicial de la extinta CAJANAL, luego la oportunidad para interponer el recurso de revisión aún está disponible hasta el 11 de junio de 2018.

36. Por lo anterior, corresponde entonces evaluar si en este caso existe un abuso palmario del derecho que habilite la procedencia excepcional de la acción de tutela. Para lo anterior, se recurrirá a las pautas y criterios interpretativos sobre abuso palmario del derecho que pueden extraerse de las Sentencias SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-631 de 2017.

37. A partir de los elementos fácticos allegados al expediente por la UGPP, esta Sala comprobó que se generó un incremento pensional a favor de la señora María Esther Chiquillo Tavera, pero, de conformidad con las pruebas aportadas, el mismo no representa una grosera incongruencia entre la historia laboral de la pensionada y el referido incremento pensional, y no se verificó la existencia de una vinculación precaria con el objeto de obtener ventajas irracionales.

38. En efecto, la UGPP allegó un reporte histórico de pagos de la mesada pensional de la señora María Esther Chiquillo Tavera. El reporte muestra que:

- El monto pensional inicialmente reconocido en octubre de 2007, a valores de 2013, equivale a \$4'860.809,41.

- La reliquidación efectuada en 2013 en cumplimiento de los fallos judiciales conduce a un monto pensional de \$7'213.717,14. Los anteriores datos evidencian que el incremento pensional en el caso analizado es del 48 %.

39. Esta Sala encuentra que si bien existe un incremento considerable del 48 %, este puede ser revisado a través del mecanismo ordinario estipulado para ello, porque en las condiciones de la accionante:

- (i) No hay evidencia de que su situación se inscriba en el caso de una vinculación precaria que altere repentinamente y por corto tiempo su historial laboral, y sobre la cual se haya liquidado el monto de la pensión, ya que la señora Chiquillo Tavera trabajó para la Contraloría General de la República desde el 16 de agosto de 1978 hasta el 12 de marzo de 2004 como sostuvo la UGPP en el escrito de tutela[69]; es decir, aproximadamente 26 años, y aunque se afirma que el último cargo desempeñado fue de asesora de despacho no se aporta información de la duración en el mismo.

- (ii) No se constata la ausencia de correlación entre la historia laboral y la pensión, que sean

indicativos de la configuración de un abuso palmario del derecho. El escrito de tutela presentado por la UGPP no argumentó que la pensión reconocida a la señora Chiquillo Tavera no corresponde con su historia laboral, ni la referida entidad allegó elementos probatorios que le permitan a esta Sala concluir que hay una ausencia de correlación entre los períodos laborados de María Esther Chiquillo Tavera y el monto pensional liquidado a su favor.

Aunado a lo anterior, en la Resolución RDP 018795 del 10 de diciembre de 2012, por la cual se dio cumplimiento a la orden judicial de liquidación pensional se determinó en el artículo séptimo “descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho el(a) [sic] señor(a) CHIQUILLO TAVERA MARIA ESTHER , la suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS OCHO pesos (\$ 7,340,208.00 m/cte) por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados [...]”[70].

Posteriormente, en la Resolución RDP056053 del 11 de diciembre de 2013 que modificó la resolución anteriormente mencionada se dispuso efectuar un descuento de “NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO pesos (\$ 9,527,498 M/CTE) por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados [...]”[71].

Lo transcrito de los actos administrativos de liquidación pensional evidencia que sobre los factores salariales por los cuales se ha liquidado el monto pensional de la señora Chiquillo Tavera se ordenaron los correspondientes descuentos por concepto de pensión con lo cual se cumplió el requerimiento constitucional expuesto en el artículo 48 de la Constitución según el cual, para la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(iii) Por último, valga señalar que el monto pensional liquidado a favor de María Esther Chiquillo no viola el tope pensional de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes fijados constitucional y legalmente.

En conclusión, la Sala constata que en el presente caso no existe un abuso palmario del derecho por cuenta del incremento que sufrió la pensión de la señora Chiquillo Tavera y, por ese motivo, la acción de tutela interpuesta por la UGPP no es procedente para ser decidida de fondo. Por tanto, es necesario que la UGPP redirija su actuación hacia la interposición de

los recursos pertinentes y principales. En este caso, el recurso extraordinario de revisión.

Conclusiones y órdenes a adoptar.

40. La UGPP cuestionó las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A mediante las cuales se ordenó reliquidar la mesada pensional de la señora María Esther Chiquillo Tavera con base en el IBL que establecía las normas del régimen de transición y no la regla general contenida en los 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. La UGPP consideró que esos fallos incurrieron en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente judicial por no acoger lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre la exclusión del IBL de los aspectos regulados por el régimen de transición y, de este modo, no aplicar lo previsto en los artículos mencionados de la Ley 100 de 1993.

La Sala concluyó que en el presente caso no se acreditó el abuso palmario del derecho y declaró improcedente el amparo pues la UGPP puede interponer el recurso de revisión para cuestionar la providencia alegada, que constituye un mecanismo eficaz e idóneo para controvertir las providencias judiciales que ordenaron la liquidación pensional a favor de la señora Chiquillo Tavera.

Respecto de la falta de acreditación del abuso palmario del derecho, a pesar de lo expuesto por la UGPP, la Sala expuso que no hay argumentos que indiquen que el aumento en la pensión cuestionada obedece a una falta de correspondencia entre la historia laboral de la pensionada y el monto de la pensión, no se produjo una vinculación precaria que derivara en una ventaja irracional y desproporcionada respecto del Sistema de Seguridad Social y no se exceden los topes pensionales establecidos en la Constitución y la ley.

En consecuencia, se confirmará la sentencia del 30 de agosto de 2017 proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que declaró improcedente el amparo constitucional por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, dentro del proceso de la referencia

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la

Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo del 30 de agosto de 2017 proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que declaró improcedente el amparo constitucional por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-212/18

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a apartarme de la posición adoptada por la mayoría en la sentencia T-212 del 1° de junio de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

1. En esa providencia la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con el objeto de dejar sin efectos los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de los cuales se ordenó a la entidad reliquidar la pensión de vejez de la señora María Esther Chiquillo Tavera con el promedio del 75% de lo devengado en el último semestre de servicio, conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985.

En efecto, refirió la entidad accionante que la señora Chiquillo Tavera prestó sus servicios en la Contraloría General de la República desde el 16 de agosto de 1978 hasta el 12 de marzo de 2004 y que el último cargo desempeñado fue el de asesora grado 2 del despacho del Vicecontralor de Bogotá. Con fundamento en su historia laboral, Cajanal le reconoció pensión de vejez tomando como ingreso base de liquidación el 75% de lo devengado en los últimos diez años de servicio.

No obstante, la pensionada solicitó a través de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se ordenara a Cajanal reliquidar su monto pensional con base en el 75% de la totalidad de los factores devengados durante los últimos 6 meses de servicio, así pues, el 13 de mayo de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó a Cajanal a la reliquidación pensional, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2011.

La UGPP argumentó el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; esto es, la relevancia constitucional, la inexistencia de otro medio de defensa eficaz e inmediato que evite la ocurrencia de un perjuicio irremediable y el requisito de inmediatez.

Frente a las causales específicas la UGPP precisó que las providencias judiciales atacadas incurrieron en defecto sustantivo porque indican en forma incorrecta que el IBL corresponde al 75% del promedio de lo devengado en el último semestre de servicio. Igualmente, refirió que incurrieron en desconocimiento del precedente judicial pues al momento de proferirse

los fallos cuestionados, ya estaban en firme las sentencias de unificación SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

Por lo anterior, la UGPP solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia “en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera” y, en consecuencia, se ordene a las autoridades judiciales accionadas i) dejar sin efectos los fallos proferidos; ii) dictar nueva sentencia y, iii) dejar sin efectos las resoluciones por las cuales se dio cumplimiento a los fallos objeto de la presente acción.

En primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de julio de 2017, declaró la improcedencia de la acción al considerar que no se cumplía con el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que el fallo censurado fue proferido el 07 de diciembre de 2011, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 09 de mayo de 2017.

Por su parte, la Sección Quinta de la misma Corporación, en providencia del 30 de agosto de 2017, confirmó por razones diferentes la decisión de primera instancia, al considerar que la acción incumplía el principio de subsidiariedad ya que la entidad gestora del amparo podía acudir al trámite de revisión previsto para discutir providencias judiciales que ordenan reconocimientos pensionales.

Mediante la sentencia T-212 de 2018, esta Corte confirmó la decisión del juez de segunda instancia al encontrar que no se superaba la procedencia de la acción de tutela, debido al incumplimiento del principio de subsidiariedad.

La Sala determinó que por regla general, las acciones de tutela que pretenden controvertir providencias judiciales que ordenan reliquidaciones pensionales con abuso del derecho son improcedentes debido a la existencia del recurso extraordinario de revisión dispuesto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003; igualmente señaló que de forma excepcional dichas acciones de tutela superarían el principio de subsidiariedad, únicamente en los casos en los que se presente un abuso palmario del derecho.

Así pues, para la identificación del abuso palmario del derecho en materia pensional, la providencia indicó que según lo expuesto por la jurisprudencia de esta Corporación[72], es

posible acudir a los siguientes criterios indicativos o pautas de interpretación: i) el monto del incremento pensional, ii) la vinculación precaria, iii) la falta de correspondencia entre el reconocimiento y la historia laboral y, iv) la ventaja irrazonable en comparación con otros beneficiarios.

En ese orden de ideas, la Sala concluyó que en el presente asunto, pese a existir un incremento pensional considerable,[73] no se hallaban los argumentos suficientes que permitieran apreciar la configuración del abuso palmario del derecho, si se tiene en cuenta que: i) no había evidencia de que la situación se inscribiera en una vinculación precaria, toda vez que la señora Chiquillo Tavera laboró para la Contraloría General de la República aproximadamente durante 26 años y adicionalmente la entidad accionante no aportó los medios de prueba pertinentes; ii) no se constataba la ausencia de correspondencia entre la historia laboral y la pensión, dado que la UGPP tampoco allegó los elementos probatorios que la permitieran concluir y, iii) finalmente, el monto pensional liquidado, no excedía el tope pensional de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes fijados constitucional y legalmente.

En consecuencia, en el referido fallo no se abordó el análisis de fondo del asunto al no encontrarse superado el principio de subsidiariedad, por lo cual se advirtió que la UGPP debía acudir al mecanismo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, para solicitar la revisión del incremento pensional censurado por vía de tutela.

2. Ahora bien, mi desacuerdo con la sentencia T-212 de 2018 se fundamenta en las razones que paso a exponer:

2.1 Respecto al abuso del derecho, la sentencia de unificación 631 de 2017 estableció que: “quien sin sustento normativo, más allá de un regla de un régimen especial que perdió vigencia –como lo son aquellas que rigen el IBL-, busca a ultranza una ventaja irrazonable en comparación con otros afiliados, podrá haber incurrido en forma notoria en un abuso del derecho.

En efecto, desde la sentencia C-258 de 2013 la Corte refirió que “en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el

ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.”

En igual sentido, en la SU-395 de 2017 esta Corporación expresó que “el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.”

De tal forma, este Tribunal ha aclarado que cuando se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley en materia de reliquidación pensional, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación del artículo 36 que resulta contraria a la Constitución y “que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”. [74]

En consonancia con lo indicado, la SU-631 de 2017 determinó que “[c]uando la búsqueda [de la ventaja irrazonable] sea evidente e inconfundible, al perseguir un incremento monetario significativo sin arreglo a la normativa vigente, ese abuso debe entenderse palmario.” Negrilla fuera del original.

i) La obtención de una ventaja irrazonable fundada en una vinculación precaria: la cual proviene de dos escenarios distintos, “[d]e un lado puede surgir con ocasión de la aplicación de un régimen especial para personas que cumplieron los requisitos de acceso a la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dentro del cual se contemplaba un IBL distinto al de su artículo 36.” De otro lado “[p]ara quienes por el contrario, cumplieron esas exigencias en vigencia de dicha norma, el impacto de una vinculación precaria, solo puede concretarse cuando se hace una aplicación ultractiva del régimen especial en lo que atañe al índice base de cotización.”

Con todo, si bien la Corte refirió que cobra mayor relevancia el concepto de vinculación precaria cuanto más reducido sea el lapso que pueda afectar la cuantía de la mesada pensional, igualmente resaltó que sus efectos pueden darse por la mera aplicación del

régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, consideró que el primero de los criterios para identificar la existencia de un posible abuso palmario del derecho, es el reconocimiento y aplicación de un IBL distinto a aquel fijado en la Ley 100.

ii) Incremento excesivo de la mesada pensional: el cual debe ostentar la virtualidad necesaria para demostrarle al juez constitucional la dimensión de las ventajas ilegítimas en favor del pensionado desde el punto de vista legal o constitucional. En tal sentido, el aumento de la mesada pensional debe ser protuberante.

Así pues, se tiene que los lineamientos delimitados en la SU-631 de 2017 a efectos de identificar el abuso del derecho en forma palmaria son la obtención de una ventaja irrazonable fundada en una vinculación precaria y el incremento excesivo de la mesada pensional. Los criterios referidos en la sentencia T-212 de 2018 en cuanto a la falta de correspondencia entre la pensión y la historia laboral del pensionado, así como la ventaja irrazonable, no son pautas que hayan sido abordadas de manera independiente en la sentencia de unificación, sino que hacen parte de los lineamientos arriba señalados.

Sin embargo, no se debe desconocer que la misma providencia fue enfática al advertir que los parámetros anotados no desconocen la autonomía del juez de tutela, sino que, por el contrario, le orientan en su labor argumentativa desde el punto de vista constitucional. Efectivamente, se refirió que dichos criterios que ayudarían al funcionario judicial a hacerse a una idea de la necesidad de su intervención, no impedían que, en consonancia con la independencia y la autonomía judicial que asiste a todos los jueces de la República, estos consoliden su propia visión de los distintos casos concretos y determinen la procedencia de la acción conforme su propio criterio.

En consonancia, la SU-631 de 2017 es clara al manifestar que las reglas allí contenidas brindan apoyo interpretativo para el juez constitucional, para establecer en qué eventos puede entenderse que se ha configurado un abuso del derecho en forma ostensible. Sin embargo, “en todo caso el juez de tutela, (...) se encuentra en libertad para establecer su convencimiento sobre el caso concreto y sobre si existe o no un abuso del derecho de tal magnitud”. Además señala que “el objetivo es brindar un apoyo para valorar el caso concreto, que potencie el análisis. Lejos de limitar la función jurisdiccional, en todo caso autónoma e independiente, el objetivo es concretar el punto de vista constitucional sobre la

materia.”

Por tal motivo, estimo que las pautas referidas no tienen un carácter restrictivo, ni implican que en todos los casos, sin excepción alguna se deba verificar la concurrencia de cada uno de todos los requisitos allí previstos con el objeto de apreciar el carácter palmario del abuso del derecho, pues el juez de tutela es autónomo y puede consolidar su propia visión del caso, atendiendo a las particularidades del asunto que conllevan a formar su criterio y convencimiento acerca de la situación.

2.2. Desde otro punto de vista, si fuera imperativo constatar la concurrencia de tales parámetros de interpretación, considero que ciertamente los mismos se encuentran presentes en el asunto bajo análisis como se pasa a exponer:

a) Respecto a la obtención de la ventaja irrazonable fundada en la vinculación precaria, se advierte que se encuentra acreditado de un lado que la señora Chiquillo Tavera obtuvo un incremento pensional con fundamento en un régimen especial que no se encuentra vigente, es decir, el Decreto 929 de 1976.

Adicionalmente, el incremento pensional demandado fue obtenido con base en los ingresos de un reducido período de tiempo, es decir, de los últimos 6 meses de servicio, que no corresponden a los 26 años que la señora Chiquillo Tavera laboró para la Contraloría General de la República y con fundamento en los cuales había alcanzado una pensión de vejez con una mesada muy inferior a la finalmente obtenida tras la liquidación; esta situación, a su vez, permite evidenciar que el período de tiempo tenido en cuenta para la liquidación, representó un salto abrupto y desproporcionado en relación con los salarios recibidos durante toda su historia laboral.

b) Existe un aumento monetario significativo de la mesada pensional. En el 2007 Cajanal reconoció la pensión de vejez a la señora Chiquillo Tavera por valor de \$3'819.903,85, tomando como ingreso base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio; en valores del año 2013[75] la mesada pensional ascendía a la suma de \$4.860.809,41.

Empero, en el seno de la jurisdicción contencioso administrativa, se ordenó un aumento pensional aproximado de \$2.352.908, por lo que el monto de la pensión pasó a \$7.213.717,

es decir, que el incremento constituyó un porcentaje aproximado del 48%. Los anteriores datos evidencian que la variación del monto de la pensión ciertamente es ostensible y representa cifra significativa que implica el valor aproximado de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época.[76]

En efecto, dicho incremento involucra la obligación para el Estado de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida, dejando de lado los principios que de solidaridad e igualdad que inspiran el Sistema de Seguridad Social.

2.3. Por otro lado, si en gracia de discusión se aceptara que en el caso sub examine, no existían los elementos de juicio necesarios que permitieran evidenciar el carácter palmario del abuso del derecho, considero que la Sala pudo haber subsanado dicha falencia a través de la recopilación de las pruebas pertinentes y necesarias para llegar al cabal conocimiento del asunto sometido a su consideración.

En efecto, el juez debe fallar sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso que le ayuden a construir su pleno convencimiento, sin embargo, si dichos elementos no están presentes, puede solicitar pruebas de oficio, como quiera que tiene el deber de reunir los elementos de juicio indispensables para resolver el asunto sometido a su consideración.

Es preciso señalar que uno de los rasgos más característicos de la acción de tutela es la informalidad de la solicitud, por lo cual esta Corporación ha señalado que en el evento en que el accionante no aporte las pruebas necesarias que apoyen su pretensión, es necesario para el fallador hacer uso de la facultad – deber que le asiste como juez constitucional de decretar pruebas de oficio, por medio de las cuales pueda llegar al cabal conocimiento de la situación.[77]

Al respecto, en la sentencia T-074 de 2000, la Corte señaló que “de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela goza de amplias facultades con miras a establecer la verdad de los acontecimientos que se llevan a su análisis y las verdaderas circunstancias del caso controvertido.” Más adelante indicó que “a los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es

precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales.”

Siendo así, no era suficiente con manifestar que la UGPP no acopió todos los elementos de juicio necesarios para establecer si la vinculación era o no precaria, pues, por el contrario, si se evidenció que se adolecía de los medios de prueba pertinentes para determinar la procedibilidad del asunto, se hubiere podido ordenar oficiosamente allegarlos al expediente, con el fin de formar el pleno convencimiento acerca de los hechos constitutivos de la acción de tutela.

2.4. De conformidad con lo expuesto, estimo que la acción de tutela sí era procedente y, por tanto, se debió pasar al estudio de fondo de la solicitud, es decir, al análisis de la configuración sobre el posible desconocimiento del precedente constitucional frente a la aplicación de las reglas del IBL contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición y/o del defecto sustantivo por interpretación incorrecta de las normas que rigen el IBL de la pensión de vejez.

Al respecto, esta Corporación ha indicado que existe un precedente constitucional consolidado, imperante y en vigor, según el cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó este Tribunal en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, entre otras. En ese sentido, a quienes son beneficiarios del régimen de transición se les calculará el IBL con base en el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio y no con fundamento en la aplicación ultractiva del régimen especial.

No obstante, los fallos judiciales censurados mediante la presente acción de tutela fueron expedidos el 13 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el 7 de diciembre de 2011 por el Consejo de Estado, así pues toda vez que la sentencia que fijó la línea jurisprudencial respecto a las reglas del IBL para los beneficiarios del régimen de transición fue la C-258 del año 2013, no cabe duda que a los jueces accionados no les era exigible seguir el precedente allí establecido.

Se debe resaltar que en la SU-631 de 2017 la Corte también evidenció que las sentencias

acusadas por la UGPP habían sido emitidas con anterioridad a la sentencia C-258 de 2013, razón por la cual, se estableció que era cronológicamente imposible que los fallos acataran las reglas determinadas en la providencia de constitucionalidad.

A pesar de lo anterior, en esa oportunidad se llegó a la conclusión de que los incrementos pensionales eran incompatibles con la Constitución, ya que “sus mesadas pensionales, reliquidadas por vía judicial, desbordaron los límites que el principio de solidaridad y el ánimo de equidad imponen a los derechos pensionales, y sus posiciones privilegiadas fueron reforzadas a partir de un reconocimiento incongruente con sus historias laborales, si se les aplica el marco temporal del último año de servicio, como lo hicieron los jueces ordinarios”.^[78]

Adicionalmente, se indicó que los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa contravenían los principios fundamentales de la seguridad social, en especial, el principio de solidaridad. Ciertamente, esta Corporación sostuvo que dicho principio se encontraba expresamente consagrado en el artículo 48 de la Constitución, por lo que era exigible su aplicación y, de esta manera, cualquier ejercicio hermenéutico sobre las normas del sistema de seguridad social, no podía pretermitirlo o abandonarlo; la Corte dijo: “[l]a existencia del principio de solidaridad, constitucional y legalmente, se traduce no en una mera expectativa o axiología carente de sentido. Implica necesariamente que el sistema de seguridad social al que afecta debe servirse de él al momento de aplicar sus normas, y al mismo tiempo que ha de alcanzarlo a través de las disposiciones que lo forjan como un todo. Las decisiones que, en el marco del sistema de seguridad social en pensiones, en este caso, sin tener presente la operatividad de los principios, puede llegar a engendrar un contrasentido que vacíe el conjunto de normas que el Legislador ha estructurado.”

Con ocasión de lo anterior, este Tribunal Constitucional encontró en aquella oportunidad que las sentencias demandadas^[79] efectivamente vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la UGPP al encuadrar su actuación en un defecto sustantivo y, en consecuencia, se procedió a dejar sin efectos las providencias que ordenaron las respectivas reliquidaciones pensionales.

Por lo señalado, considero que en el presente asunto si bien no era exigible a las autoridades judiciales accionadas la aplicación del precedente constitucional fijado desde la

sentencia C-258 de 2013, de conformidad con lo expuesto en la citada sentencia de unificación, sí era posible determinar la vulneración del derecho al debido proceso de la UGPP con fundamento en la reliquidación pensional que otorgó una ventaja pensional irrazonable, al realizar la aplicación de un régimen especial derogado, sin tener en cuenta las normas constitucionales y legales necesarias para realizar una aplicación sistemática del régimen de transición.

En estos términos, dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, conformada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, de acuerdo con el criterio orientador del proceso de selección de carácter objetivo “desconocimiento de un precedente jurisprudencial” y el criterio complementario denominado “tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional”.

[2] Cuaderno 1, folio 17.

[3] En los expedientes que se desacumularon se encontraron elementos que singularizan la situación fáctica y jurídica de los asuntos acumulados, lo que impedía que fueran fallados en una misma sentencia. En concreto, en el expediente T-6.406.733 la acción de tutela se dirige contra una providencia judicial emitida por una de las secciones del Consejo de Estado.

[4] CAJANAL en la apelación reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda: el derecho pensional de la accionada se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que componen su base de liquidación son los que fija el régimen general contenido en esa Ley. De ese modo, el ingreso base de liquidación se calcula con el promedio del tiempo que le faltaba para retirarse del cargo como lo dispone el numeral 3º

del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, en la apelación, la señora María Esther Chiquillo Tavera controvierte que la inclusión de factores salariales solo se tomen en cuenta en una doceava parte y que la bonificación especial de quinquenio se haya ordenado incluirla proporcionalmente y no por el valor total de esta bonificación certificado por la Contraloría General de la República.

[5] Cuaderno 2, folio 1.

[6] Cuaderno 2, folio 29.

[7] Cuaderno 2, folio 90.

[8] Cuaderno 2, folio 90.

[9] Cuaderno 2, folio 93.

[10] Cuaderno 2, folio 93.

[11] Cuaderno 2, folio 95.

[12] Cuaderno 2, folio 95.

[13] Cuaderno 2, folio 95.

[14] Cuaderno 2, folio 104.

[15] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[16] Cuaderno 2, folio 109.

[17] Cuaderno 2, folio 136.

[18] Cuaderno 2, folio 155.

[19] Cuaderno 2, folio 160.

[20] La parte resolutive del auto del 15 de diciembre de 2017 dispuso lo siguiente: “PRIMERO. Por Secretaría General, OFÍCIESE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión

Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)[20] para que, en el término máximo de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, INFORME:

i) El monto de la pensión reconocida a favor de la señora María Esther Chiquillo Tavera resultante de la liquidación en cumplimiento de los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

(ii) El monto de la pensión referida actualizado a valores de 2017;

(iii) El monto de la mesada pensional reconocida a noviembre de 2017 a favor de María Esther Chiquillo Tavera; y

(iv) El incremento porcentual entre el monto previo a la liquidación ordenada judicialmente y el monto calculado de cumplirse las órdenes judiciales de reliquidación respecto de María Esther Chiquillo Tavera.” (énfasis originales).

[21] Cuaderno 1, folio 29.

[22] La UGPP informó lo siguiente: “Así las cosas, se tiene que para el año 2007 la mesada paso [sic] de la suma de \$3.819.903,85 M/Cte a la suma de \$7.233.832,65 M/Cte incrementándose un 89%”. Cuaderno 1, folio 47.

[23] Para la exposición de las consideraciones sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales se tomarán como base las contenidas en la sentencia SU-168 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y SU-427 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[24] M. P. José Gregorio Hernández Galindo

[25] Al respecto ver, entre otras, las sentencias SU-159 de 2002 y T-522 de 2001, en ambas M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-462 de 2003 y T-1031 de 2001, en ambas M. P. Eduardo Montealegre Lynett y T-1625 de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[26] M. P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró inexecutable una expresión del

artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía el ejercicio de cualquier acción, incluida la tutela, contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[27] Decreto 2196 de 2009, “por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones.”

[28] Decreto Ley 4107 de 2011. “Artículo 64. Cajanal EICE en liquidación continuará realizando las actividades de que trata el artículo 3° del Decreto 2196 de 2009 hasta tanto estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, a más tardar el 1° de diciembre de 2012. (...)”

[29] Según una prórroga que se autorizó a través del Decreto 877 de 2013, “Por el cual se prorroga el plazo de liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación y se dictan otras disposiciones”.

[30] Sentencia SU-631 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[31] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. La sentencia revisa la acción de tutela promovida por la UGPP contra las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso ordinario laboral iniciado por María Margarita Aguilar Álzate contra CAJANAL, en las que presuntamente se incurrió en un defecto sustantivo por la indebida interpretación de las normas aplicadas para determinar el ingreso base de liquidación utilizado para resolver la demanda de reajuste pensional impetrada por la ciudadana Aguilar Alzate. En primer lugar, la Sala Plena estableció que el aumento en el monto pensional a favor de María Margarita Aguilar Alzate de \$3.935.780 a \$14.140.249 con fundamento en una vinculación precaria en encargo que tuvo la mencionada ciudadana como fiscal delegada ante un Tribunal Superior de Distrito judicial por un mes y seis días evidencian un abuso palmario del derecho. En segundo lugar, la Corte concluyó que las autoridades judiciales que resolvieron en primera y segunda instancia la demanda ordinaria laboral de la señora Aguilar Alzate en sentencias del 12 de septiembre de 2007 y el 13 de junio de 2008 incurrieron en defecto sustantivo al reajustar la pensión de vejez de María Margarita Aguilar Alzate con base en el ingreso base de liquidación del régimen especial cuando debieron utilizar los parámetros del sistema

general.

[32] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta sentencia se revisaron cinco acciones de tutela promovidas por separado por CAJANAL, COLPENSIONES y pensionados contra autoridades judiciales en las que se discutió la aplicación y alcance del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las reglas acerca del promedio del ingreso base de liquidación aplicables a pensiones del sector público. La Sala Plena señaló que en los casos analizados se cumplían todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales al señalar que eran asuntos en los que existían reconocimientos prestacionales logrados mediante un abuso palmario del derecho. Adicionalmente declaró que incurrieron en defecto sustantivo aquellas decisiones judiciales que incluyeron el ingreso base de liquidación dentro de los aspectos sujetos al régimen de transición en pensiones.

[33] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La providencia judicial estudió tres acciones de tutela interpuestas por la UGPP contra las decisiones judiciales que accedieron a las pretensiones de reliquidación pensional de tres beneficiarias del régimen de transición sin aplicar la normativa que rige su cálculo del ingreso base de liquidación. La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que en dos de los casos analizados se demostró la existencia de un abuso palmario del derecho en los que se presentaron incrementos pensionales de \$7.636.401 y \$5.575.058 con fundamento en vinculaciones precarias que no guardaban correspondencia con su historia laboral. En el primer caso, la pensionada se desempeñó toda su vida laboral, a lo largo de aproximadamente 32 años, como Juez 4° Penal de Alto Riesgo del Circuito de Santa Marta y solo ocupó un cargo distinto entre el 20 de enero de 2000 y el 9 de marzo de ese mismo año, como Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura que incidió en su monto pensional. En la segunda acción de tutela analizada, la beneficiaria de la pensión se desempeñó en cargos de distinto nivel y alcance salarial durante su vida laboral: en la Rama Judicial fue Abogada Asistente Grado 21 por cerca de 4 años, Secretaria Grado 21 por 6 años y se desempeñó además como Directora Seccional de Administración Judicial y Directora Nacional de Administración Judicial, por cerca de dos años hasta el 5 de abril de 1994. Por último, la Corte Constitucional concluyó que las decisiones proferidas el 28 de agosto de 2003 y el 7 de octubre de 2004 dentro de procesos laborales ordinarios incurrieron en un defecto sustantivo porque la liquidación pensional ordenada obedeció a la interpretación de las

reglas sobre ingreso base de liquidación y el régimen de transición pensional consideradas en forma aislada y no bajo una interpretación sistemática, que produjeron resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico consagrado en materia de seguridad social en la Constitución de 1991.

[34] Artículo 20 de la Ley 797 de 2003: “Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. <Apartes tachados inexequibles> 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.

[35] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Sentencia analizó la demanda de constitucionalidad dirigida contra el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 en la que le correspondió a la Corte resolver si tal disposición desconoce la cláusula de igualdad y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, al establecer un régimen pensional especial a favor de los Congresistas y de todos aquellos a los que les es aplicable el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en asuntos como la ausencia tope en el monto pensional y la forma de liquidar el ingreso se toma a partir del último año de servicio y no

como lo consagra el régimen general de pensiones. La sentencia, en el apartado pertinente, expone 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”.

[36] El Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Contralor General de la República o el Procurador General de la Nación.

[37] Sentencia SU-427 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico 7.23.

[38] Sentencia SU-427 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico 7.22.

[39] Sentencias C-258 de 2013, SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, entre otras.

[41] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[42] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[43] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[44] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[45] Sentencia SU-427 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico 7.30.

[46] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Esta sentencia resolvió las acciones de tutela presentadas por (i) CAJANAL y el ISS (hoy COLPENSIONES) contra autoridades judiciales que ordenaron liquidaciones pensionales con base en las normas sobre el cálculo del ingreso

base de liquidación contenidas en regímenes distintos al de la Ley 100 de 1993; y por (ii) personas beneficiarias de pensiones contra autoridades judiciales que calcularon su base de liquidación conforme a la Ley 100 de 1993 y no las normas aplicables en virtud del régimen de transición.

[47] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[48] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[49] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[50] Sentencia SU-631 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico 26.

[51] Sentencia SU-631 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico 26.

[52] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[53] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[54] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[55] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[56] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[57] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[58] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[59] Sentencia SU-961 de 1999; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[60] Sentencia SU-241 de 2015; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[61] Ver sentencia SU-961 de 1999; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[62] Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

[63] Sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[64] Sentencia T-246 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[65] Cuaderno 2, folios 70 a 72.

[66] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[67] Sentencia SU-631 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico 39.

[68] Cuaderno 2, folio 2.

[69] Cuaderno 2, folio 1.

[70] Cuaderno 2, folio 42.

[71] Cuaderno 2, folio 47.

[72] Entre los cuales destacó la SU-631 de 2017.

[73] Toda vez que el monto pensional pasó de \$4'860.809,41 a \$7'213.717,14.

[74] SU-395 de 2017.

[75] Año en el cual la UGPP efectúa la liquidación en cumplimiento a lo ordenado por los jueces contencioso administrativos.

[76] El valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2013 era de \$660.000.

[77] Al respecto, es posible consultar las sentencias T-154 de 2014, T-062 de 2017, T-260 de 2017, T-365 de 2017 y T-495 de 2017, entre otras.

[78] SU-631 de 2017.

[79] Los casos correspondientes a los expedientes T-5.574.837 y 5.631.824.