

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MATERIA DE RELIQUIDACION PENSIONAL-Procedencia por desconocimiento del precedente constitucional que señala que el IBL no es un aspecto integrante del régimen de transición

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto sustantivo, por indebida interpretación del art. 36 de la ley 100/93, lo cual derivó en un abuso del derecho en reliquidación pensional/INCREMENTO EXCESIVO EN LA MESADA PENSIONAL-Configuración de un palmario abuso del derecho

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

ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR DECISIONES JUDICIALES QUE HAN RECONOCIDO Y RELIQUIDADO PENSIONES CON PALMARIO ABUSO DEL DERECHO-Reglas sobre la subsidiariedad

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

MONTO E INGRESO BASE DE LIQUIDACION EN EL MARCO DEL REGIMEN DE TRANSICION-Para liquidarlo se debe tomar en cuenta el promedio devengado en los diez (10) últimos años, por

cuanto IBL no hace parte del régimen de transición

ABUSO DEL DERECHO-Definición

PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O FRAUDE A LA LEY-No se configuran derechos adquiridos

PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY-Indebida interpretación del régimen de transición para reliquidación de pensión

Referencia: expedientes acumulados: T-7.953.228; T-7.958.044; T-7.964.405; T-7.969.288; T-7.977.520 y T-7.977.757

Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Demandados: Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C; Tribunal Administrativo de la Guajira; Juzgado 7 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bucaramanga; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y Juzgado 4

Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Cuarta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente sentencia al revisar las providencias emitidas dentro de los expedientes que a continuación se enlistan¹:

Cuadro No. 1 Casos que se revisan

Expedientes

Partes

que emitieron las decisiones de tutela que se revisan

Sentencias de tutela

contra providencias judiciales

Debido proceso

Acceso administración justicia

T-7.953.228

Colpensiones

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C

1 instancia

Improcedente

Juzgado 18 Administrativo del circuito de Bogotá

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A

2 instancia

Confirma

T-7.977.520

Colpensiones

Consejo de Estado, Sección Primera

1 instancia

Improcedente

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A

2 instancia

Confirma

T-7.977.757

Colpensiones

Consejo de Estado, Sección Primera

1 instancia

Improcedente

Tribunal Administrativo de La Guajira

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A

2 instancia

Confirma

T-7.969.288

Colpensiones

Tribunal Administrativo de Santander

Improcedente

Juzgado 7 Administrativo del circuito de Bucaramanga

Consejo de Estado, Sección Cuarta

2 instancia

Confirma

T-7.958.044

Colpensiones

Consejo de Estado, Sección Cuarta

1 instancia

Improcedente

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A

2 instancia

Confirma

T-7.964.405

Colpensiones

Tribunal Administrativo del Tolima

1 instancia

Improcedente

Juzgado 4 Administrativo Oral del circuito de Ibagué

Consejo de Estado, Sección Primera

2 instancia

Confirma

I. ANTECEDENTES

1. La Administradora Colombiana de Pensiones, en adelante Colpensiones, reclama la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estos habrían sido presuntamente conculcados por los jueces de la referencia, en decisiones proferidas dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que se desconoció el precedente de la Corte Constitucional, según el cual el ingreso base para liquidar la pensión de vejez, establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es un aspecto sometido a transición.

1. Por medio de auto del 5 de marzo de 2021, se solicitó la copia digital de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los casos sometidos a revisión y, en la misma providencia, se suspendieron los términos para decidir, según lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015.

1. El 23 de abril de 2021 la Secretaría General de la Corporación presentó informe respecto del cumplimiento de la providencia señalada.

1. En el siguiente cuadro se hace una reseña de cada uno de los casos sometidos a revisión, en lo que tiene que ver con (i) la identificación del proceso judicial cuya decisión última se cuestiona; (ii) los cargos desempeñados por las personas que presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Seguro Social y/o Colpensiones contra la negativa de la entidad para reliquidar sus pensiones de vejez; (iii) los hechos materiales del caso, así la sentencia que se cuestiona y los defectos que en la demanda de tutela se alegan; (iv) la respuesta a la demanda de amparo, así como el sentido de la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –en adelante ANDJE– en

algunos de los expedientes² y (v) las decisiones adoptadas por los jueces de tutela.

Cuadro No. 2 Antecedentes

1. Expediente No. T-7.953.228

Demandante

Colpensiones

Demandado

Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Proceso judicial de origen

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 11001333101820090035000, instaurado por Bertha Stella Pineda Castro contra el Instituto de Seguro Social – ISS

Cargos desempeñados por la pensionada

Escribiente Nominada, del 16-05-90 a 30-04-93

Auxiliar Judicial Grado I, del 01-05-93 al 02-07-07

Sustanciadora Nominada en descongestión, del 03-07-07 al 19-12-07

Todos los cargos de libre nombramiento y remoción

Hechos, sentencia acusada y defectos alegados

Hechos:

(i) El Instituto de Seguro Social – ISS mediante Resolución No. 054045 del 11 de noviembre de 2008 reconoció pensión de vejez, teniendo en cuenta el promedio devengado durante los

últimos 10 años, con fundamento en la Ley 33 de 1985 y con una tasa de reemplazo del 75%, y determinó como monto pensional la suma de \$1'601.628.

(ii) La señora Pineda Castro instauró acción de tutela en contra de Colpensiones, en la cual solicitó la reliquidación de la pensión de vejez con la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicios.

(iii) En primera instancia, el Juzgado Treinta Penal del Circuito del Bogotá en sentencia del 25 de marzo de 2009 declaró improcedente el amparo.

(iv) En segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Decisión Penal, en sentencia del 30 de abril de 2009, revocó la sentencia, amparó de manera transitoria los derechos de la demandante y ordenó reajustar la prestación inicialmente reconocida teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada que devengaba la señora Pineda Castro en el último año de servicio.

(v) En cumplimiento del referido fallo, el ISS expidió la Resolución No. 38789 del 27 de agosto de 2009, fijando el monto pensional en la suma mensual de \$2'691.468, a partir del 1 de noviembre de 2009.

(vi) Dado que el amparo fue transitorio, la señora Pineda Castro promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del ISS.

Sentencia acusada³:

(i) El Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia del 1 de diciembre de 2010, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 054045 de 2008 del ISS, y ordenó reliquidar la pensión vejez en el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, comprendido del 2 de diciembre de 2006 al 19 de diciembre de 2007, incluyendo todos los factores salariales devengados, sumas que debían ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE.

(ii) En el expediente no hay constancia de que se haya surtido el trámite jurisdiccional de consulta del fallo, según lo ordenado en el numeral cuarto y las partes tampoco lo

mencionan.

(iii) El citado fallo quedó ejecutoriado el 24 de marzo de 2011. En cumplimiento del mismo el ISS expidió la Resolución No. 038185 del 24 de octubre de 2011 y reliquidó la pensión de vejez en la suma mensual de \$2'696.327, con un retroactivo de \$64'790.172, deducidos los descuentos de salud y fondo de solidaridad.

(iv) El 7 de febrero de 2012, la señora Pineda Castro solicitó a Colpensiones revisar la liquidación efectuada en la Resolución 38185 del 24 de octubre de 2011. Así, por medio de la Resolución No. 5919 del 10 de enero de 2014, por medio de la cual se dio cumplimiento al fallo judicial del 1 de diciembre de 2010, se reliquidó la pensión de vejez a 20 de diciembre de 2007 en \$3'099.684 y se reconoció el pago del retroactivo por \$61'681.693 y el 1 de junio de 2016 ordenó el pago de intereses moratorios por valor total de \$9'111.843, por medio de la Resolución No. 161995.

Defectos alegados:

(i) Sustantivo: por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al tener en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997) que aclaró los alcances del régimen de transición, lo cual derivó en un abuso palmario del derecho, por incremento irrazonable de la mesada pensional y haber tenido como causa una vinculación precaria.

(ii) Desconocimiento del precedente constitucional: sobre el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (IBL en el régimen de transición), entre ellas, las siguientes providencias: C-168 de 1995, C-596 de 1997, C-258 de 2013, T-078 de 2014, Auto 326 de 2014, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018, T-109 de 2019 y T-619 de 2019. Así mismo, citó la sentencia de unificación del 28-09-18 del Consejo de Estado.

(iii) Violación directa de la Constitución: de los artículos 29, 48, 229 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respuesta de la autoridad demandada e intervención de la ANDJE

La titular del Despacho demandado se opuso a las pretensiones de amparo al argumentar que:

(i) La tutela no es el mecanismo judicial idóneo para controvertir la providencia judicial, pues lo pretendido por Colpensiones es modificar el sentido de una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, y que se profirió como consecuencia de un proceso judicial en el que se garantizó a las partes los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

(ii) En la decisión se dio aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en la que el Consejo de Estado determinó que la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, y que al hacer una simple enunciación de los mismos no impedía la inclusión de todos aquellos factores devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

(iii) No se cumple el requisito de inmediatez, pues la sentencia se profirió en el año 2010, transcurriendo a la fecha de interposición de la tutela 9 años, y, por regla general, el plazo razonable para ejercerla contra providencias judiciales es de 6 meses.

(iv) Tampoco se cumple el requisito de subsidiaridad al haber sido procedente el recurso extraordinario de revisión para controvertir providencias judiciales que reconocen sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. El desorden administrativo del ISS no es una justificación que releve el hecho de no haber agotado el recurso de apelación y la subsiguiente inactividad judicial.

La ANDJE precisó que la providencia objeto de reproche presenta:

(ii) En tal sentido, se desconoce el precedente fijado entre otras, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018 y SU-068 de 2018, pues el IBL corresponde al promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones durante los últimos 10 años de servicios y solo se pueden tener en cuenta como factores salariales las partidas expresamente señaladas en el Decreto 1158 de 1994.

(iii) También se presenta una violación directa del artículo 48 de la Constitución, que

establece que para la liquidación de las pensiones solo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(iv) Finalmente, argumenta que se evidencia abuso del derecho y un impacto financiero al sistema pensional ya que la última vinculación de la señora Pineda Castro fue precaria y, en consecuencia, se dio un incremento excesivo de su pensión.

Decisiones de tutela que se revisan

Primera instancia

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C (06-05-20). Negó por improcedente la tutela.

(i) No se agotaron todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la actora, puesto que no interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del 1 de diciembre de 2010 que profirió el Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

(ii) En el caso del recurso extraordinario de revisión, precisó que la fecha a partir de la cual se cuenta el término para su interposición es el 28 de septiembre de 2012, fecha en la que inició la sucesión de los intereses procesales del ISS (Decreto 2011 de 2012, art. 1) y que culminó el 28 de septiembre de 2017, cuando se cumplieron 5 años.

(iii) Además, no se cumple con el requisito de inmediatez, pues tuvo conocimiento de las órdenes de la sentencia acusada en los años 2012, 2014 y 2016, cuando emitió resoluciones en las que decidió la solicitud de revisión pensional elevada por la señora Pineda Castro. Igualmente, señaló que de ser “palmario” el abuso, Colpensiones habría activado de inmediato los mecanismos legales a su alcance para impugnar la prestación. Sin embargo, según precisó, no hay ninguna razón probada dentro del proceso que justifique la inacción o la inactividad durante este tiempo, y que justifique ahora la tutela como vía de excepción.

Impugnación

(i) Se desconoció que la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional frente a las actuaciones de Colpensiones, toda vez que dicha entidad “se encontraba ante un

sinnúmero de fallas estructurales de carácter operativo y administrativo, que impedían resolver las peticiones dentro del término de ley y atender las acciones judiciales”. Adujo que, si bien la Corte Constitucional dio por superada dicha situación mediante la Sentencia T-774 de 2015, Colpensiones no había logrado su estabilización como entidad.

(ii) Adicionalmente, sostuvo que la vulneración a los derechos fundamentales que se demanda es permanente, continua y actual.

(iii) Mencionó que, aunque la sentencia cuestionada se dictó el 1 de diciembre de 2010, lo cierto es que para esa fecha Colpensiones no había iniciado operación.

Segunda Instancia

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (19-06-20). Confirmó la sentencia de primera instancia, al tener en cuenta que:

(i) No se cumplió el requisito de la inmediatez ya que la tutela se presentó aproximadamente 9 años después –abril de 2020–.

(ii) Respecto a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, mencionó que no se puede justificar la inactividad de la parte actora por más de 4 años –la demanda de tutela se presentó en abril de 2020–, pues aquel se levantó el 18 de diciembre de 2015.

1. Expediente No. T-7.977.520

Demandante

Colpensiones

Demandado

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C

Proceso judicial de origen

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000234200020130017900,

instaurado por María Elena Upegui Galvis contra Colpensiones y el ISS

Cargos desempeñados por la pensionada

Senado de la República, Secretaria Ejecutiva, del 24-10-86 al 08-10-90

Personería de Bogotá, del 02-04-91 al 12-02-09

Profesional Especializada XII-A, luego Código 335, Grado 07 y Código 222, Grado 07

A partir del 07-04-08 fue comisionada como Personera Delegada, Código 040, Grado 03, de la Personaría Delegada para la Defensa de los Derechos humanos, Protección de la Familia y el Menor

Hechos, sentencia acusada y defectos alegados

Hechos:

(i) Mediante Resolución 019863 (25/06/10) el ISS negó la pensión de vejez.

(iii) Por medio de la Resolución 16833 (10/05/12) negó la reliquidación pensional que se solicitó.

(iv) Contra esta última decisión se promovió medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 33 de 1985.

Sentencia acusada4:

(i) En sentencia del 25 de septiembre de 2013 la autoridad demandada declaró la nulidad parcial de las resoluciones 00328 y 16833 y ordenó a Colpensiones reliquidar la pensión de vejez según el promedio de los factores de salario devengados durante el último año de servicios actualizados con el IPC a la fecha de la efectividad de la prestación (14/02/11). Colpensiones debía pagar las diferencias si resultaban a favor de la demandante, con los ajustes de ley, entre las sumas de las mesadas pensionales que le ha reconocido y pagado y

las que le debía legalmente pagar, desde 14-02-11, hasta la ejecutoria del fallo, diferencia indexada con fundamento en los índices de precios al consumidor certificado por el DANE.

(ii) El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones en audiencia del 25/09/13 se declaró extemporáneo el 29/10/13, por cuanto su sustentación se hizo por fuera de término, según lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, ante lo cual Colpensiones argumentó que se encontraba en un estado de cosas inconstitucional que le impidió interponerlo de manera oportuna.

(iii) Por medio de la Resolución 275381 del 04-08-14 Colpensiones dio cumplimiento al fallo y reliquidó la mesada pensional a \$9'853.127, al 13 de febrero de 2011; \$10'220.649, en 2012; \$10'470.033, en 2013 y \$10'673.152, en 2014.

Defectos alegados:

(i) Sustantivo: Por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997, argumentos reiterados en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016) que aclaró los alcances del régimen de transición en materia pensional.

(ii) Desconocimiento del precedente constitucional: sobre el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (IBL en el régimen de transición), entre ellas las providencias: C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2014, Auto 326 de 2014, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018 y T-109 de 2019, así como lo dispuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida en el expediente 52001233300020120014301 (alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993).

(iii) Violación directa de la Constitución: artículos 29, 48, 229 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respuesta de la autoridad demandada

La autoridad judicial accionada no se pronunció.

La ANDJE precisó que la providencia objeto de reproche presenta:

(i) Un defecto sustantivo, al interpretar de forma errónea y excesiva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) Desconoce el precedente fijado entre otras, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018 y SU-068 de 2018, pues el IBL corresponde al promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones durante los últimos 10 años de servicios y solo se pueden tener en cuenta como factores salariales, las partidas expresamente señaladas en el Decreto 1158 de 1994.

(iii) Se evidencia una violación directa del artículo 48 de la Constitución, que establece que para la liquidación de las pensiones solo se pueden tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.

(iv) Finalmente, argumentó que se evidencia un abuso del derecho y un impacto financiero al sistema pensional ya que la última vinculación fue precaria y, en consecuencia, se dio un incremento excesivo de la pensión.

Decisiones de tutela que se revisan

Primera instancia

Consejo de Estado, Sección Primera (23/01/20). Declaró improcedente la tutela al no acreditarse las exigencias de inmediatez y subsidiariedad.

(i) No es de recibo alegar la existencia de un estado de cosas inconstitucional (ECI) para salvar los dos requisitos referidos, como quiera que por medio de esta figura lo que la Corte Constitucional hizo fue regular los plazos para dar cumplimiento a los fallos de tutela, en ciertos casos, fijando como fecha límite diciembre de 2013.

(ii) No se apeló la sentencia acusada y no se interpuso recurso extraordinario de revisión.

(iii) Se dejaron pasar 5 años para presentar la acción de tutela, pues la sentencia del 25 de

septiembre de 2013 quedó ejecutoriada el 9 de octubre de 2013 y se le dio cumplimiento el 4 de agosto de 2014; a pesar de esto, la tutela se interpuso el 21 de noviembre de 2019.

Impugnación

(i) El requisito de inmediatez debe analizarse según lo dispuesto en el Auto 110 de 2013, en el que la Corte Constitucional declaró que Colpensiones se encontraba en un estado de cosas inconstitucional que, aunque se declaró superado en la Sentencia T-774 de 2015, la entidad no había conseguido estabilizarse y persistían las fallas estructurales de carácter operativo y administrativo, por lo que su situación aún se encuentra en seguimiento de la Corte Constitucional. Además, indicó que el perjuicio al tesoro público es continuo.

(ii) En torno al requisito de subsidiariedad, indicó que no interpuso recurso de apelación contra la sentencia ahora acusada porque para el momento de su expedición no tenía la capacidad estructural necesaria.

(iii) Finalmente, citó el contenido de la Sentencia SU-427 de 2016 que estableció que ante el abuso palmario del derecho es permitida la acción de tutela como mecanismo preferente. En este caso, si se tiene en cuenta el IBL de los últimos 10 años y los factores efectivamente cotizados la mesada pensional sería de \$5'017.610, a diferencia de considerar el IBL del último año y los factores ordenados, caso en el esta se incrementa de manera exorbitante a la suma de \$13'416.463, es decir, se presenta un incremento de \$8'398.853. Entonces, desde la fecha de expedición de la sentencia (25-09-13) con corte a noviembre de 2019, con los descuentos de salud, la suma a pagar es de \$783'546.525.

Segunda Instancia

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A (09/03/20). Confirmó el fallo de primera instancia, por las mismas razones.

1. Expediente No. T-7.977.757

Demandante

Colpensiones

Demandado

Tribunal Administrativo de la Guajira/ vinculado Laureano David Acosta

Proceso judicial de origen

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho No. 44001233300220130014600, instaurado por Laureano David Acosta Romero contra Colpensiones

Cargos desempeñados por el pensionado

Departamento de la Guajira, Secretaría de Educación del Departamento de la Guajira, del 09-04-73 al 31-08-94

Caja de Compensación Familiar de la Guajira, del 01-02-95 al 31-12-98

En otros cargos, empresas privadas, del 01-06-98 al 31-08-01

Departamento de la Guajira, como Secretario de Educación, del 05-07-03 al 13-01-04

Hechos, sentencia acusada y defectos alegados

(i) Mediante la Resolución No. 2229 del 6 de marzo de 2006, el ISS reconoció la pensión de vejez, por un valor de \$813.841, a partir del 17 de diciembre de 2004, liquidada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, aplicando una tasa de remplazo del 75% respecto del promedio de ingreso base de cotización de los últimos 10 años de servicio.

(ii) En contra de esa resolución se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, para que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. La decisión fue confirmada en las resoluciones No. 2339 del 1 de febrero de 2008 y 0613 del 17 de marzo de 2008.

(iii) Posteriormente, mediante la Resolución 1828 del 2 febrero de 2009, el ISS modificó la Resolución 2299 del 6 de marzo de 2006, en el sentido de reliquidar la pensión de vejez a favor del señor Acosta Romero, en cuantía de \$1'024.185, a partir del 17 de diciembre de

2004, teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 75% sobre el IBL calculado con la inclusión de los factores salariales acreditados, establecidos en el Decreto 1158 de 1994, devengados en los últimos 10 años de cotización.

(iv) Se interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se solicitó la nulidad de los mencionados actos administrativos y se pidió la reliquidación de la pensión de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, junto con el pago del retroactivo de las diferencias pensionales causadas desde el 17 de diciembre de 2004 debidamente indexadas.

Sentencia acusada5:

(i) En sentencia del 28 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de la Guajira anuló parcialmente los actos administrativos demandados y ordenó reliquidar la pensión y pagar las diferencias en las mesadas teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios, conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1985 y en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, del Consejo de Estado.

(ii) En cumplimiento de la decisión judicial, Colpensiones profirió la Resolución No. GNR 168740 del 10 de junio de 2016, por la cual se reliquidó la pensión en cuantía de \$2'405.143, a partir del 26 de junio de 2009, arrojando un retroactivo pensional de \$111'744.616.

(iii) El 15 de julio de 2016 el señor Acosta Romero solicitó la revocatoria de la anterior resolución, para que en su lugar se expidiera otro acto administrativo donde se tuviera en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados, a lo cual accedió Colpensiones y fijó la pensión en \$2.684.711, efectiva a partir del 26 de junio de 2009, arrojando un retroactivo pensional de \$34'125.687.

(iv) El señor Acosta Romero presentó demanda ejecutiva en contra de Colpensiones y, en consecuencia, mediante auto del 22 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo de la Guajira libró mandamiento de pago por la suma de \$45'509.001.

Defectos alegados:

(i) Sustantivo: por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al desconocer su alcance en los términos de la jurisprudencia constitucional (sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997, C-258 de 2013 y T-109 de 2019) que aclaró los alcances del régimen de transición.

(ii) Desconocimiento del precedente constitucional: sobre el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (IBL en el régimen de transición), entre ellas las providencias: C-168 de 1995, C- 597 de 1997, C-258 de 2013, T-078 de 2014, Auto 326 de 2014, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018, SU-114 de 2018, T-078 de 2019 y T-109 de 2019. Así mismo, hizo referencia a la sentencia de unificación del 28 de septiembre de 2018, del Consejo de Estado, proferida en el proceso radicado con el No. 52001233300020120014301.

(iii) Violación directa de la Constitución: artículos 29, 48, 229 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

(iv) Decisión sin motivación: no se hizo pronunciamiento respecto a la razón por la que se apartaba del precedente, por lo cual incumplió su deber legal de motivar el fallo.

Respuesta de la autoridad demandada

La autoridad judicial accionada no se pronunció.

La ANDJE precisó que la providencia objeto de reproche presenta:

(i) Un defecto sustantivo, al interpretar de forma errónea y excesiva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) Desconoce el precedente fijado, entre otras, en las sentencias: C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018 y SU-068 de 2018, pues el IBL corresponde al promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones durante los últimos 10 años de servicios y solo se pueden tener en

cuenta como factores salariales las partidas expresamente señaladas en el Decreto 1158 de 1994.

(iii) Se evidencia una violación directa del artículo 48 de la Constitución, que establece que para la liquidación de las pensiones solo se pueden tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.

(iv) Finalmente, argumentó se evidenciaba un abuso del derecho y un impacto financiero al sistema pensional, ya que la última vinculación fue precaria y, en consecuencia, se dio un incremento excesivo de la pensión.

Decisiones de tutela que se revisan

Primera instancia

Consejo de Estado, Sección Primera (15-11-19). Declaró improcedente la acción de tutela.

(i) No se satisface el requisito de inmediatez, pues la sentencia que se cuestiona se notificó el 11 de agosto de 2015 y la tutela se presentó el 1 de octubre de 2019, habiendo transcurrido 3 años y 7 meses.

(ii) Tampoco se interpusieron los recursos de apelación y extraordinario de revisión.

(iii) No se evidencia un abuso palmario del derecho, pues no hay una vinculación laboral precaria y no hay un incremento excesivo de la mesada pensional.

(iv) Respecto del auto de mandamiento de pago del 22 de octubre de 2018, proferido por la misma autoridad, no se cumple el requisito de subsidiariedad, ya que el proceso ejecutivo se encuentra en curso y allí es donde se deben plantear las inconformidades correspondientes, por los medios ordinarios de defensa.

Impugnación

(i) Precisó que el requisito de inmediatez debía analizarse teniendo en cuenta que por medio del Auto 110 de 2013 la Corte Constitucional declaró que Colpensiones se encontraba en un estado de cosas inconstitucional que, aunque se declaró superado en la Sentencia T-774 de 2015, indicó que la entidad no había conseguido estabilizarse y persistían las fallas

estructurales de carácter operativo y administrativo, por lo que su situación aún se encontraba en seguimiento de la Corte Constitucional. Además, indicó que existía un perjuicio permanente, continuo y actual al tesoro público, pues se trata de una prestación económica de tracto sucesivo.

(ii) En torno al requisito de subsidiariedad indicó que no interpuso recurso de apelación contra la sentencia ahora acusada y tampoco el extraordinario de revisión, porque no tenía la capacidad estructural para ello.

(iii) Citó la Sentencia SU-427 de 2016 que estableció que ante el abuso palmario del derecho es permitida la acción de tutela como mecanismo preferente y el ECI declarado permitió flexibilizar los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. En este caso, si se tiene en cuenta el IBL de los últimos 10 años y los factores efectivamente cotizados la mesada pensional sería de \$1'024.185, mientras que, si solo se tiene en cuenta el último año y los factores ordenados sería de \$2'684.711, que actualizada a 2019 sería de \$3'846.937. Finalmente, precisó que no controvertía la decisión mediante la cual se libró el mandamiento de pago.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (05-03-20). Confirmó la sentencia de primera instancia.

(i) No se cumple con la exigencia de inmediatez, ya que la sentencia atacada fue notificada a la parte actora el 11 de agosto de 2015 y la tutela se presentó el 1 de octubre de 2019, transcurridos 4 años, 1 mes y 19 días.

(ii) Además, precisó que el ECI que se alega impidió presentar los recursos del caso y la acción de tutela se levantó el 18 de diciembre de 2015.

1. Expediente No. T-7.969.288

Demandante

Colpensiones

Demandado

Juzgado 7 Administrativo del circuito judicial de Bucaramanga, cuyos procesos fueron trasladados al Juzgado 15 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga / vinculado Gustavo Forero

Proceso judicial de origen

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho No. 20110028100, instaurado por Gustavo Forero Galeano en contra del ISS

Cargos desempeñados por el pensionado

Telecom, Analista II, del 16-04-75 al 31-03-95

Senado de la República, Asistente Grado V, del 02-02-00 al 13-11-00

Cámara de Representantes, del 01-02-04 al 20-02-04, y como Asesor III, del 31-03-04 al 07-02-05

Hechos, sentencia acusada y defectos alegados

Hechos:

(i) Mediante la Resolución No. 10756 de 2009 el ISS, hoy Colpensiones, reconoció pensión de vejez por valor de \$1'525.674, la cual se hizo efectiva a partir del 16 de junio de 2009.

(ii) Posteriormente, el 3 de junio de 2011, el señor Gustavo Forero Galeano solicitó la reliquidación de su pensión, pero como le fue negada instauró demanda contenciosa administrativa en la que solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, de conformidad con la Ley 33 de 1985.

Sentencia acusada⁶:

(i) Por medio de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2012, el despacho demandado ordenó reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Forero Galeano, en los términos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio que

sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio e incluyendo la totalidad de los factores que constituyen salario, que se acrediten. Igualmente, ordenó pagar la diferencia que resultara entre lo que se pagó como consecuencia de la expedición de los actos anulados y lo que debió pagarse, sumas que dispuso se debían indexar.

(ii) Contra la anterior decisión no se interpuso el recurso de apelación.

(iii) La sentencia fue aclarada y adicionada mediante providencia del 16 de enero de 2013, en donde se señaló que, para todos los efectos, el último año de servicios prestados por el señor Forero Gallego correspondía al periodo comprendido entre el 11 y el 13 de noviembre de 2000 y entre el 11 de febrero de 2004 y el 7 de febrero de 2005.

(iv) Mediante la Resolución GNR 32304 del 5 de febrero de 2014, Colpensiones dio cumplimiento a la decisión judicial y reajustó la pensión a \$3'931.823, a la cual se le dio alcance mediante la Resolución No. GNR 246444 del 22 de agosto de 2016, para cuando el valor de la mesada alcanzaba el valor de \$4.960.513, en el sentido de ordenar el pago de la indexación por valor de \$155'928.287 e intereses de mora por \$52'246.275, para un total de valor a pagar de \$208.174.562, es decir el cumplimiento al fallo judicial ocasionó un pago total de \$340.894.174. Se incluyó para el cálculo del ingreso base de liquidación los factores salariales devengados en el último año de servicios, acreditados en la certificación allegada por la Cámara de Representantes, esto es, el periodo de febrero de 2004 a febrero de 2005, con la inclusión de la asignación básica, bonificación por recreación, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Defectos alegados:

(i) Sustantivo: por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los términos de su alcance definido por jurisprudencia constitucional (en las sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997), que aclaró los alcances del régimen de transición.

(ii) Desconocimiento del precedente constitucional: sobre el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (IBL en el régimen de transición), entre ellas, las sentencias: C-168 de 1995, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de

2017, SU-631 de 2017, SU-068 de 2018 y SU-114 de 2018.

(iii) Violación directa de la Constitución: artículos 29, 48, 229 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respuesta de autoridad la demandada

El Juzgado 15 Administrativo de Bucaramanga, a cargo del expediente en el que el juzgado demandado profirió la sentencia acusada, dio respuesta en los siguientes términos:

(i) Mencionó que frente a la sentencia acusada no se interpuso el recurso de apelación y de ello han transcurrido más de 7 años.

(ii) Igualmente, indicó que no se interpuso el recurso extraordinario de revisión y que tampoco se cumple con la exigencia de inmediatez.

La ANDJE precisó que la providencia objeto de reproche presenta:

(i) Un defecto sustantivo, al interpretar de forma errónea y excesiva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) Desconoce el precedente fijado entre otras, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018 y SU-068 de 2018, pues el IBL corresponde al promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones durante los últimos 10 años de servicios y solo se pueden tener en cuenta como factores salariales, las partidas expresamente señaladas en el Decreto 1158 de 1994.

(iii) Se presenta una violación directa del artículo 48 de la Constitución, que establece que para la liquidación de las pensiones solo se pueden tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.

(iv) Finalmente, se evidencia un abuso del derecho y un impacto financiero al sistema

pensional, ya que la última vinculación fue precaria y, en consecuencia, se dio un incremento excesivo de la pensión.

Decisiones de tutela que se revisan

Primera instancia

(i) No se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia acusada. Además, en atención al requisito de subsidiariedad, la parte actora tuvo también la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, instancia que tampoco agotó.

(ii) No es evidente que la consolidación de la prestación económica hubiere sido obtenida a partir de un abuso palmario del derecho.

(iii) Tampoco se cumple con el requisito de inmediatez, pues el fallo acusado cobró ejecutoria hace más de 7 años y el ECI que se alega como justificación para que se flexibilicen estos requisitos se declaró superado en el año 2015.

Impugnación

(i) El ECI impidió interponer los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa, pese a que el mismo se levantó en el año 2015.

(ii) La prestación reconocida es de tracto sucesivo, por lo que la vulneración de los derechos alegados permanece en el tiempo.

Segunda Instancia

Consejo de Estado, Sección Cuarta (18-06-20). Confirmó la sentencia de primera instancia.

(i) No podía exigírsele a la actora el agotamiento del recurso de apelación por la declaratoria del ECI.

(ii) Sin embargo, respecto del recurso extraordinario de revisión indicó que, una vez aplicado el plazo diferencial, desde el 28 de septiembre de 2012, e incluso desde que el ECI se levantó en diciembre de 2015, han transcurrido varios años.

(iii) Además, precisó que no se evidencia un abuso palmario del derecho, pues la vinculación no fue precaria y tampoco se advierte un incremento excesivo en la mesada pensional.

1. Expediente No. T-7.958.044

Demandante

Colpensiones

Demandado

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D / vinculada Amelia Rosso Camacho

Proceso judicial de origen

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000234200020130700300, instaurado por Amelia Rosso Camacho contra el ISS

Cargos desempeñados por la pensionada

Rama Judicial, del 01-02-72 al 10-07-77

Contraloría General de la República, del 16-11-79 al 23-08-85

Fondo de Previsión del Congreso, del 03-06-86 al 12-04-89

Empresa de Energía de Bogotá SA ESP, del 13-03-89 al 31-12-93

Personería de Bogotá, desde el 01-03-94, en el cargo de Profesional Especializado XII-C y el 26-02-99 fue incorporada a la nueva nomenclatura de cargos como Profesional Especializado Código 335, Grado 07

El 27-04-05 fue nombrada en encargo como Personera Local, Código 043, Grado 01, de la Personería Local de Tunjuelito hasta el 25-05-05

El 31-05-05 le fue aceptada la renuncia presentada al cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 07, a partir de dicha fecha

El 31-05-05 fue nombrada como Personera Local, Código 043, Grado 01, de la Personería Local de Tunjuelito, hasta el 30-06-06

Hechos, sentencia acusada y defectos alegados

Hechos:

(i) Mediante la Resolución 042408 de 19 de diciembre de 2005, el ISS reconoció pensión de vejez a favor de la señora Amelia Rosso de Camacho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$2'513.650. Dado que en el año 2005 fue nombrada por encargo como Personera Local, Código 043, Grado 01, se presentó un aumento salarial y de la base de cotización reportada en su historia laboral.

(ii) Por medio del Decreto 165 de 25 de mayo de 2006, expedido por el Personero de Bogotá, se aceptó la renuncia de la afiliada a partir del 1 de julio de 2006, por lo que el ISS ordenó su inclusión en nómina mediante la Resolución 32175 de 15 de agosto de 2006, reliquidando la prestación en cuantía de \$2'888.536, con base en la Ley 100 de 1993.

(iii) Luego de solicitar en varias oportunidades ante el ISS la reliquidación de la pensión de vejez en un monto del 75% del promedio de lo devengado en el último año, en aplicación de la Ley 33 de 1985 y haber obtenido respuesta negativa por parte de esa entidad en dos ocasiones (resoluciones 14890 y 28819 de 27 de abril y 27 de agosto de 2012, respectivamente), el 4 de abril de 2013 solicitó a Colpensiones la misma reliquidación, petición que fue rechazada mediante la resolución GNR 317113 del 23 de noviembre de 2013, en la que se explicó que, por ser parte del régimen de transición, se debía aplicar en su integridad el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, liquidar la pensión con el promedio salarial de los últimos 10 años de servicio.

Sentencia acusada⁷:

(i) En primera instancia, el conocimiento le correspondió al Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, el cual, en sentencia de 26 de agosto de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se negó la reliquidación solicitada y ordenar la reliquidación de la pensión de vejez en monto equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, entre los cuales incluyó la asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, prima de antigüedad, 1/12 de bonificación de servicios, 1/12 de prima de navidad y 1/12 de prima de vacaciones. Dicha decisión no fue objeto de recurso de apelación.

(ii) En cumplimiento del fallo, mediante la Resolución GNR 409563 de 16 de diciembre de 2015, Colpensiones reliquidó la pensión de vejez de la señora Amelia Rosso de Camacho en cuantía de \$6'969.478;

(iii) En la actualidad, cursa el proceso ejecutivo radicado con el 2018-02156-00, promovido por la señora Rosso de Camacho contra Colpensiones ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Defectos alegados:

(i) Sustantivo: por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los términos de la jurisprudencia constitucional (sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997) que aclaró los alcances del régimen de transición.

(ii) Desconocimiento del precedente judicial: sobre el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (IBL en el régimen de transición), entre ellas, las sentencias: C-168 de 1995, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017 y SU-023 de 2018.

(iii) Violación directa de la Constitución: artículos 29, 48, 229 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respuesta de la autoridad demandada

La autoridad demandada pidió que se declarara la improcedencia del amparo.

(i) Dio cumplimiento a la tesis unificada del Consejo de Estado respecto del IBL, la cual estaba vigente para el 26 de agosto de 2014, cuando se profirió la providencia.

(ii) Además, se incumplieron los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

La ANDJE precisó que la providencia objeto de reproche presenta:

(i) Un defecto sustantivo, al interpretar de forma errónea y excesiva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) Desconoce el precedente fijado entre otras, en las sentencias: C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018 y SU-068 de 2018, pues el IBL corresponde al promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones durante los últimos 10 años de servicios y solo se pueden tener en cuenta como factores salariales, las partidas expresamente señaladas en el Decreto 1158 de 1994.

(iii) Se presenta una violación directa del artículo 48 de la Constitución, que establece que para la liquidación de las pensiones solo se pueden tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.

(iv) Finalmente, argumentó que se evidenciaba un abuso del derecho y un impacto financiero al sistema pensional, ya que la última vinculación fue precaria y, en consecuencia, se dio un incremento excesivo de la pensión.

Decisiones de tutela que se revisan

Primera instancia

Consejo de Estado, Sección Cuarta (19-02-20). Declaró improcedente el amparo.

(i) No se acreditó la exigencia de inmediatez, ya que la tutela fue promovida el 27 de noviembre de 2019, por lo que transcurrieron 5 años, 3 meses y 1 día entre el momento de la notificación y el de la interposición de la demanda de tutela. El ECI no es una excusa suficiente para justificar la demora en la presentación de la tutela, si se tiene en cuenta que

han transcurrido 3 años, 11 meses y 19 días desde que dicho estado se superó.

(ii) No se interpusieron los recursos disponibles de apelación y extraordinario de revisión.

(iii) La providencia acusada no desconoció lo señalado en la Sentencia T-619 de 2019, porque no constituye un precedente obligatorio.

Impugnación

Frente a la inmediatez, se indicó que la vulneración es actual, al tratarse de una prestación de tracto sucesivo. Para la fecha de emisión de la sentencia el ISS, ahora Colpensiones, se encontraba en un ECI declarado por la Corte Constitucional mediante el Auto 110 de 2013, el cual se levantó en la Sentencia T-774 de 2015, pero la entidad aún se encontraba bajo seguimiento. Frente a la subsidiariedad, precisó que el ECI eximía a Colpensiones frente a tal exigencia. Finalmente, indicó que el precedente de la Sentencia T-619 de 2019 constituye una precedente vinculante.

Segunda Instancia

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (19-06-20) Confirmó el fallo de primera instancia.

(i) En relación con la inmediatez y la subsidiariedad, señaló que, si bien Colpensiones cataloga la supuesta vulneración de derechos como un perjuicio de tracto sucesivo, ello deviene únicamente de la naturaleza de la obligación, la cual es el pago de una mesada pensional de vejez de carácter vitalicio, sin que ello implique per se que sea un perjuicio que se ha venido extendiendo en el tiempo.

(ii) Frente al requisito de la subsidiariedad, encontró que la entidad accionante no apeló la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como tampoco, luego de superado el estado de cosas inconstitucional, interpuso el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

(iii) Finalmente, indicó que la Sentencia T-619 de 2019 no es un precedente aplicable, pues los supuestos fácticos no son similares.

1. Expediente No. T-7.964.405

Demandante

Colpensiones

Demandado

Juzgado 4 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué / vinculado Héctor Villarraga Sarmiento

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho No. 73001333100420110000800, instaurado por Héctor Villarraga Sarmiento contra el ISS

Cargos desempeñados por el pensionado

Universidad del Tolima, Vicerrector Académico, del 27-07-81 a enero de 2012

Rector encargado, entre febrero y octubre de 2012

Hechos, sentencia acusada y defectos alegados

Hechos:

(i) Mediante la Resolución No. 5590 del 23 de junio de 2008, el ISS reconoció una pensión de vejez al señor Héctor Villarraga Sarmiento, en cuantía de \$4'456.853, con base en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero el pago de la prestación quedó supeditado a la acreditación del retiro definitivo del servicio público.

(ii) Contra dicha resolución se interpusieron los recursos de reposición y apelación porque no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para realizar la liquidación. Mediante la Resolución No.002446 se resolvió la apelación y se negaron las peticiones. En atención a esta decisión, el señor Villarraga Sarmiento instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones referidas.

Sentencia acusada8:

(i) Mediante sentencia de 31 de enero de 2012, se declaró la nulidad de la Resolución 05590 del 23 de junio de 2008, mediante la cual se reconoció la pensión del demandante, sin la inclusión de todos los factores salariales, y de la Resolución 02446 del 17 de diciembre de 2008, que la confirmó en todas sus partes. Ordenó al ISS reliquidar y pagar a partir del retiro del servicio el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios a la adquisición del estatus pensional.

(ii) En audiencia del 6 de junio de 2012 se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto.

(iii) Mediante Resolución No. GNR5175 del 9 de enero de 2014, en cumplimiento de la orden judicial, Colpensiones reliquidó la pensión de vejez y aplicó una tasa de remplazo del 75% del promedio de los salarios del último año de servicios, equivalente a \$7'872.642, efectiva a partir del 1 de enero de 2014, por no haber existido en ese momento certeza del inicio del proceso ejecutivo.

(iv) Posteriormente, en vista del escrito presentado el 22 de enero de 2014 por parte del señor Villarraga, en el que manifestó que en ningún momento había instaurado proceso ejecutivo contra Colpensiones, se profirió la Resolución GNR 181582 del 21 de mayo de 2014, que reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2012, en cuantía de \$12'181.300, pensión que al retiro de nómina equivalía a \$15'990.173.

(v) Con ocasión del fallecimiento del señor Villarraga Sarmiento, ocurrido el 21 de diciembre de 2018, se expidió la Resolución No. SUB-43500 del 21 de febrero 2019, en la que se reconoció el pago de la pensión sustitutiva a favor de Luz Inés Parra Patiño, en un porcentaje del 50% a partir del 21 de diciembre de 2018; el 50% restante fue dejado en suspenso para otros posibles beneficiarios con derecho.

(vi) Finalmente, mediante la Resolución SUB 149538 de 11 de junio de 2019, una vez acreditada la no existencia de beneficiarios con derecho, se procedió a acrecentar la sustitución pensional en un 100% a favor de la señora Luz Inés Parra Patiño en una cuantía de \$15'990.173, efectiva a partir del 21 de diciembre de 2018.

Defectos alegados:

(i) Sustantivo: por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los términos de la jurisprudencia constitucional (sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997), que aclaró los alcances del régimen de transición.

(ii) Desconocimiento del precedente judicial: sobre el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (IBL en el régimen de transición), entre ellas, las sentencias C-168 de 1995 y C-596 de 1997.

(iii) Violación directa de la Constitución: artículos 29, 48, 229 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respuesta de la autoridad demandada

La autoridad demandada explicó que la controversia giraba en torno a una sentencia proferida hace más de 8 años, que fue debidamente argumentada con el precedente fijado por el Consejo de Estado para la época, el cual se ceñía plenamente a la situación fáctica y jurídica planteada en el proceso.

La ANDJE precisó que la providencia objeto de reproche presenta:

(i) Un defecto sustantivo, al interpretar de forma errónea y excesiva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) Desconoce el precedente fijado entre otras, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018 y SU-068 de 2018, pues el IBL debe corresponder al promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones durante los últimos 10 años de servicios y solo se pueden tener en cuenta como factores salariales las partidas expresamente señaladas en el Decreto 1158 de 1994.

(iii) Señala que se presenta una violación directa del artículo 48 de la Constitución, que

establece que para la liquidación de las pensiones solo se pueden tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.

Decisiones de tutela que se revisan

Primera instancia

Tribunal Administrativo del Tolima (29-05-20) Declaró improcedente el amparo.

(i) Consideró que Colpensiones no acudió a la audiencia realizada por el Juzgado el 6 de junio de 2012, a pesar de haber apelado la sentencia de primer grado de forma oportuna, por lo cual fue declarado desierto el recurso.

Impugnación

Para los años 2011 y 2012 el ISS se encontraba en el proceso de liquidación y empalme con Colpensiones. La decisión generó un perjuicio económico al erario que permanece en el tiempo y el recurso extraordinario de revisión no es eficaz, por lo cual no existe otro medio de defensa que permita cesar la vulneración de los derechos fundamentales.

Segunda Instancia

Consejo de Estado, Sección Primera (26-06-20). Confirmó el fallo de primera instancia.

(i) Al no acreditarse la exigencia de subsidiariedad.

(ii) No encontró cumplido el requisito de inmediatez, pues la tutela se presentó el 18 de mayo de 2020 y la sentencia acusada data del 31 de enero de 2012.

(iii) Finalmente, señaló que no se evidenciaba la existencia de un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86, inciso 3°, y el artículo 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Procedibilidad de las acciones de tutela

1. Antes de formular un problema jurídico sustancial, le corresponde a la Sala establecer si las demandas de tutela satisfacen los requisitos generales de procedencia contra providencias judiciales, en la medida en que todas ellas se formulan contra decisiones de tal carácter.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Reiteración jurisprudencial⁹

1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución toda persona puede reclamar ante los jueces, mediante acción de tutela, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, en los casos que establezca la ley, de los particulares¹⁰, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. Tal mecanismo de protección procede, en consecuencia, contra cualquier autoridad

pública que con sus actuaciones u omisiones vulneren o amenacen derechos constitucionales fundamentales. Dentro de tales autoridades públicas se encuentran incluidas, por supuesto, las judiciales, en cuanto autoridades de la República, las cuales, sin excepción, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, como lo dispone el artículo 2 de la Constitución.

Bajo tales supuestos constitucionales y los artículos 6-1 del Decreto Ley 2591 de 1991, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales vulnerados por decisiones judiciales (i) respecto de las cuales no existan otros recursos o medios de defensa judicial, (ii) cuando, no obstante su existencia, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y (iii) cuando, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante, los medios existentes no sean eficaces.

1. No obstante, dada la naturaleza de las autoridades judiciales –a las que la Constitución ha asignado la función de administrar justicia¹²–, este tribunal ha precisado que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional¹³ puesto que, en tales casos, “la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho–, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica”¹⁴.

Por tales razones, ha señalado que “la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo

cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia”¹⁵.

La excepcionalidad de la tutela contra providencias judiciales ha llevado a la Corte, a partir de la Sentencia C-590 de 2005, a exigir el cumplimiento de un conjunto de requisitos generales y específicos de procedencia, que podrían sintetizarse en los siguientes términos:

3.1. De los requisitos generales

1. Ha precisado la Corte que la acción de tutela contra providencias judiciales debe cumplir los siguientes requisitos generales¹⁶: (i) relevancia constitucional¹⁷, esto es, que involucre la posible vulneración de derechos fundamentales del accionante; (ii) subsidiariedad, en el sentido de que se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios al alcance del accionante dentro del proceso en que se profirió la providencia, excepto que, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre, no sean eficaces, o que la tutela pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable¹⁸; (iii) inmediatez, es decir que, atendiendo a las circunstancias del accionante, se interponga en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia en la decisión que se considera lesiva de los derechos fundamentales; (v) que el accionante identifique de forma razonable los yerros que generan la vulneración, y que estos hayan sido cuestionados dentro del proceso judicial, en cuanto ello hubiere sido posible; y (vi) que no se dirija contra una sentencia de tutela, salvo si existió fraude en su adopción¹⁹.

3.2. De los requisitos específicos

1. Además de los anteriores requisitos generales, es necesario acreditar²⁰ que la autoridad

judicial demandada vulneró en forma grave el derecho al debido proceso²¹ del accionante, a tal punto que la decisión judicial resulta incompatible con la Constitución por incurrir en alguno de los siguientes defectos²² que la jurisprudencia constitucional denomina requisitos específicos de procedibilidad, a saber:

(i) Defecto orgánico: se presenta cuando la providencia impugnada fue proferida por un funcionario judicial que carecía de competencia para adoptarla²³.

(ii) Defecto procedimental: se origina cuando la decisión judicial cuestionada se adoptó con desconocimiento del procedimiento establecido²⁴.

(iii) Defecto fáctico: se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio para la aplicación del supuesto legal en que se sustenta la decisión cuestionada, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada²⁵.

(iv) Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto; cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión²⁶; o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido y alcance que no tiene, entre otros supuestos.

(v) Error inducido: sucede cuando la decisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante²⁷ es producto de un engaño por parte de terceros.

(vi) Falta de motivación: implica el incumplimiento del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión²⁸.

(vii) Desconocimiento del precedente: se configura cuando el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida²⁹ en la materia de que se trate, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación³⁰.

(viii) Violación directa de la Constitución³¹: se estructura cuando la autoridad judicial le da a una disposición un alcance abiertamente contrario a la Carta Fundamental. Esta Corte ha indicado³² que se presenta violación directa de la Constitución cuando, desconociendo que, de acuerdo con su artículo 4 “la Constitución es norma de normas”, por lo que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra regla jurídica “se aplicarán las disposiciones superiores”³³, el juez adopta, entre otros supuestos, una decisión que la desconoce³⁴, porque deja de aplicar una norma constitucional que resulta aplicable al caso concreto³⁵, o desconoce valores, principios o reglas constitucionales que determinan la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Se configura igualmente cuando se desconoce o altera el sentido y alcance de una regla fijada directamente por el constituyente.

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que no toda irregularidad procesal o diferencia interpretativa configura una causal de procedibilidad de la acción³⁶. Es necesario que los reproches alegados sean de tal magnitud que permitan desvirtuar la constitucionalidad de la decisión judicial objeto de tutela³⁷. “No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual, para proteger los derechos fundamentales de quien, luego de haber pasado por un proceso judicial, se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente –es decir segura y en condiciones de igualdad–, de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”³⁸.

1. Análisis del cumplimiento de los requisitos generales

1. Colpensiones alegó la vulneración de sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por parte de las autoridades judiciales accionadas, al presuntamente evidenciar los siguientes defectos en las decisiones judiciales que ataca, cuyos fundamentos fueron descritos en detalle en el cuadro No. 2 del acápite de “I. Antecedentes”:

Cuadro No. 3 Defectos alegados en las sentencias acusadas

Expediente No.

Defectos alegados en las sentencias acusadas

T-7.953.228

Sustantivo, desconocimiento del precedente constitucional y violación directa de la Constitución

T-7.958.044

Sustantivo, desconocimiento del precedente judicial y violación directa de la Constitución

T-7.964.405

Sustantivo, desconocimiento del precedente judicial y violación directa de la Constitución

T-7.969.288

Sustantivo, desconocimiento el precedente constitucional y violación directa de la Constitución

T-7.977.520

Sustantivo, desconocimiento del precedente constitucional y violación directa de la Constitución

Sustantivo, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución y decisión sin motivación

1. Legitimación en la causa

1. En relación con el requisito de legitimación en la causa por activa, esta se acredita si se tiene en cuenta que la ejerce Colpensiones³⁹, que considera que las autoridades judiciales demandadas vulneran sus derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, al haber proferido fallos⁴⁰ en los cuales se configuran defectos sustantivos, se desconoce el precedente constitucional, se viola de forma directa la Constitución y en uno de ellos la decisión no se encuentra motivada⁴¹. Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, el debido proceso es una de las garantías institucionales respecto de las cuales las personas jurídicas de derecho público pueden pretender su protección por medio de la acción de tutela⁴².

1. La legitimación por pasiva se cumple en la medida en que el Juzgado 18 Administrativo del circuito judicial de Bogotá; el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsecciones C y D; el Tribunal Administrativo de la Guajira; el Juzgado 7 Administrativo de descongestión del circuito judicial de Bucaramanga y el Juzgado 4 Administrativo Oral del circuito judicial de Ibagué son las autoridades a las cuales se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, al haber emitido los fallos cuestionados en los procesos contencioso administrativos en que fue parte la entidad demandante⁴³.

1. Inmediatez

1. En los casos concretos, la acreditación del requisito supone valorar el término transcurrido entre la expedición de la decisión atacada y la presentación de la demanda de tutela, a partir de la jurisprudencia constitucional de unificación:

Cuadro No. 4 Inmediatez

Expediente

Fecha de la sentencia acusada

Fecha de presentación de la demanda de tutela

T-7.953.228

1 de diciembre de 2010

21 de abril de 2020

T-7.958.044

26 de agosto de 2014

27 de noviembre de 2019

T-7.964.405

31 de enero de 2012

18 de mayo de 2020

T-7.969.288

30 de noviembre de 2012, aclarada y adicionada el 16 de enero de 2013

20 de abril de 2020

T-7.977.520

25 de septiembre de 2013

21 de noviembre de 2019

T-7.977.757

1. de julio de 2015

1 de octubre de 2019

1. Frente a prestaciones económicas periódicas⁴⁵ que implican una afectación prima facie continua y directa al patrimonio público, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, a pesar del paso del tiempo, es posible el estudio de fondo de la demanda⁴⁶. Para tales efectos, ha considerado relevante que se trate de casos en los que se alega fraude a la ley en detrimento del erario y, en particular, del SGSSP. Son especialmente relevantes de esto último las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, en las que, si bien, el objeto de unificación se relacionó con la exigencia de “subsidiariedad” –ante supuestos de abuso del derecho en materia pensional–, sus razonamientos también pueden extenderse al del requisito que estudia la Sala en este apartado.

1. En los casos que se estudian, pese a que entre las providencias atacadas y la presentación de las demandas de tutela transcurrieron varios años, la Sala encuentra acreditado el requisito de inmediatez. Los reconocimientos pensionales debatidos surgen de actuaciones consolidadas bajo un presunto abuso del derecho –según se desprende de los elementos fácticos y normativos de que trata el cuadro No. 2 supra–, que justifica el estudio de fondo del caso, a pesar de la exigencia de inmediatez, en aras de garantizar la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, fin constitucional imperioso en los términos del artículo 48 constitucional. Además, la presunta afectación de los derechos de Colpensiones se mantiene

a pesar del paso del tiempo, si se tiene en cuenta que le corresponde efectuar el pago de las mesadas pensionales de manera periódica, según lo ordenado en las providencias judiciales atacadas.

1. Por último, sin perjuicio de las razones que se precisan en el apartado siguiente, cabe señalar que la sucesión de los intereses procesales del ISS por parte de Colpensiones tuvo lugar a partir del 28 de septiembre de 2012⁴⁷, y que entre los años 2013 y 2015 esta última estuvo en un estado de cosas inconstitucional, declarado por esta Corporación⁴⁸, al encontrar un sinnúmero de fallas estructurales de carácter operativo y administrativo, que le impedían resolver las peticiones dentro del término de ley y atender las acciones judiciales correspondientes, proceso que aún es objeto de seguimiento.

1. Subsidiariedad

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la tutela procede en dos supuestos⁴⁹: (i) cuando el accionante no dispone de un medio de defensa judicial idóneo⁵⁰ y efectivo⁵¹, caso en el cual la tutela procede como mecanismo de protección definitivo; y (ii) cuando, a pesar de la existencia de un medio de defensa judicial idóneo y efectivo, la tutela se utiliza para “evitar un perjuicio irremediable”, caso en el cual procede como mecanismo transitorio⁵².

1. En el caso puesto bajo la consideración de la Sala, se advierte la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pues lo que se cuestiona son reconocimientos pensionales presuntamente obtenidos con abuso del derecho, como se precisó en las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017. No obstante, teniendo en cuenta que con el transcurso del tiempo se incrementa el detrimento patrimonial a las finanzas públicas, y que, aunque por negligencia de la demandante, los recursos de apelación y de revisión, medios de defensa que pudieron haber sido útiles en tal propósito, perdieron su idoneidad y eficacia, pues la oportunidad para interponerlos expiró, la tutela debe proceder con el objeto de brindar una

protección inmediata y definitiva.

1. Lo anterior, se sustenta en el hecho de que, con dichos reconocimientos pensionales, se afecta el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones –SGSSP–, que es solidario; se impone un tratamiento inequitativo que genera ventajas irrazonables para las personas beneficiadas, con relación a otros pensionados; y se causa un daño a la sostenibilidad financiera del sistema, al imponerle el pago de sumas elevadas que no corresponden con lo que el trabajador laboró y cotizó durante toda su vida laboral, de modo que lo desfinancia⁵³. Ante este escenario, la habilitación de la competencia del juez constitucional es necesaria, por los relevantes intereses en juego y porque el daño, con el paso del tiempo, no mengua, sino que se acrecienta por el carácter periódico de la pensión.

1. En todo caso, los anteriores supuestos no restringen la facultad de las Salas de Revisión para, en virtud de su autonomía interpretativa y en atención a las específicas circunstancias de cada caso, puedan señalar un criterio en torno a la acreditación del abuso del derecho⁵⁶, de cara a la relevante afectación que se causa a los intereses públicos, al sistema pensional, a la igualdad y a la equidad entre los beneficiarios del SGSSP.

1. Subreglas jurisprudenciales para acreditar el carácter subsidiario de la acción de tutela en caso de pensiones otorgadas con un presunto abuso del derecho o fraude a la ley

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en casos en los que se alega un posible abuso del derecho en un reconocimiento pensional, unificó su jurisprudencia en relación con la satisfacción del requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, a partir de la Sentencia SU-427 de 2016. Estas reglas fueron objeto de precisión en la Sentencia SU-631 de 2017, en la que se supeditó la procedencia de la acción de tutela, a pesar de que la UGPP cuente con

la posibilidad del recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, a que se trate de un supuesto de abuso palmario del derecho, cuya configuración sujetó a dos condiciones: (i) que se trate de una “vinculación precaria” y (ii) que se trate de un “incremento excesivo en la mesada pensional”. En caso de que no se acrediten estos presupuestos, no podría considerarse que se trata de un caso de perjuicio irremediable que amerite la protección constitucional transitoria.

1. En relación con el primer requisito, de conformidad con la sentencia de unificación en cita, “31.2. La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad”. Esta fugacidad, según indicó la Sala Plena, debía serlo “en un cargo de mayor jerarquía y remuneración”, que se presentaba, entre otros, cuando se cumpliera un “encargo” o se desempeñara un empleo en “provisionalidad”⁵⁷. Por el contrario, tal situación no se presentaría, “en relación con el desempeño en cargos de mayor jerarquía y remuneración con origen en un concurso de méritos”⁵⁸.

1. En cuanto al segundo requisito, según señaló la Sala Plena, “31.8. El abuso del derecho surgirá de modo palmario cuando además de una vinculación precaria, se presente un incremento excesivo de la mesada pensional y con él una ventaja ilegítima, que comprometa los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto”. Por tanto, según se consideró en el citado precedente de unificación, debía haberse “generado un incremento protuberante de la mesada pensional”, pues, solo así, “la aplicación del IBL de un régimen especial, cobra una importancia tal que es imperiosa la intervención del juez de tutela”.

1. Subsidiariedad en los casos objeto de estudio

1. La Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, pues si bien no se apelaron las

sentencias acusadas, ni se interpuso el recurso extraordinario de revisión, oportunidad que ya expiró, como se evidencia en el cuadro No. 559, lo cierto es que, a primera vista, la entidad está ante un perjuicio irremediable, si se tiene en cuenta que en los casos objeto de estudio se alega la consolidación de prestaciones económicas obtenidas a partir de un abuso palmario del derecho. Esto debido a que la última vinculación de los pensionados fue precaria, por su brevedad, ya que a menos de un año de su retiro, en cinco de ellos⁶⁰, y a catorce meses en el otro⁶¹, se desempeñaron en cargos de mayor jerarquía y remuneración, en descongestión, comisión, encargo y libre nombramiento y remoción, cuyo salario incidió significativamente en el incremento desproporcionado de su actual mesada, con relación a lo que devengaron en el transcurso de su vida laboral, afectando el interés general y las finanzas públicas, como se puede observar en el cuadro No. 6.

Cuadro No. 5 Subsidiariedad – Recursos

Expediente

Fecha sentencia acusada

Recursos interpuestos

T-7.953.228

1 de diciembre de 2010

No fue apelada. No se interpuso recurso extraordinario de revisión y la oportunidad para hacerlo expiró.

T-7.958.044

No fue apelada. No se interpuso recurso extraordinario de revisión y la oportunidad para hacerlo expiró.

T-7.964.405

31 de enero de 2012

Fue apelada, pero el recurso se declaró desierto en audiencia llevada a cabo el 6 de junio de 2012. No se interpuso recurso extraordinario de revisión y la oportunidad para hacerlo expiró.

T-7.969.288

30 de noviembre de 2012

Aclarada y adicionada el 16 de enero de 2013, no fue apelada. No se interpuso recurso extraordinario de revisión y la oportunidad para hacerlo expiró.

T-7.977.520

25 de septiembre de 2013

No fue apelada. No se interpuso recurso extraordinario de revisión y la oportunidad para hacerlo expiró.

T-7.977.757

28 de julio de 2015

No fue apelada. No se interpuso recurso extraordinario de revisión y la oportunidad para hacerlo expiró.

Cuadro No. 6 Subsidiariedad – Presunto abuso del derecho

Expediente

Última cotización a pensión antes de la vinculación final

Actualizada a

2020

Cotización último año

Actualizada a 2020

Mesada último año con el 75%

Actualizada a

2020

Mesada 10 años

Actualizada a

2020

Impacto reserva actuarial adicional

T-7.953.228

\$ 2'016.837

\$ 6'827.731

\$ 5'246.396

\$ 2'710.848

\$ 526'613.717

\$ 6'001.886

\$ 14'939.311

\$ 10'753.651

\$ 4'921.046

\$1.138'431.051

T-7.964.405

\$ 10'721.958

\$ 15'432.399

\$ 16'597.800

\$ 7'575.585

\$ 2.143'363.555

T-7.969.288

\$ 3'076.584

\$ 7'073.586

\$ 5'848.019

\$ 2'269.220

\$789'066.754

T-7.977.520

\$ 5'404.846

\$ 17'956.847

\$ 13'416.463

\$ 5'017.610

\$1.664'344.220

T-7.977.757

\$ 877.803

\$ 5'907.620

\$ 3'846.937

\$ 1'545.813

\$512'229.757

1. Relevancia constitucional

1. En los seis asuntos sometidos a revisión se acredita el cumplimiento de esta exigencia⁶². Por una parte, los casos involucran la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Lo anterior, por la presunta configuración de un defecto sustantivo, el desconocimiento del precedente constitucional, la violación directa de la Constitución y la emisión de una de las decisiones sin motivación. De otra parte, la entidad demandante aseguró que las decisiones que se atacan se expidieron en un flagrante abuso del derecho⁶³, argumento que ha sido relevante en la jurisprudencia de la Sala Plena para evidenciar la relevancia constitucional de los casos, tal como se indica, por ejemplo, en las sentencias C-258 de 2013, SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017.

1. A lo anterior se suma que, de acuerdo con los criterios fijados en la Sentencia SU-573 de 2019⁶⁴, el estudio de los casos de la referencia tiene relevancia constitucional, porque (i) la controversia gira en torno a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los efectos

que esta tiene para el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional y, consecuente con esto, (ii) existe evidencia de una afectación prima facie desproporcionada de los derechos fundamentales de la accionante y del referido principio, como resultado de un “abuso palmario” del derecho.

1. Finalmente, las demandas de tutela que se estudian no se dirigen contra sentencias proferidas en procesos de tutela.

1. Problema jurídico sustancial y planteamiento del caso

1. Dada la procedencia de las demandas de tutela, le corresponda a la Sala determinar si las sentencias que se cuestionan adolecen de los siguientes defectos: (i) sustantivo, por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los términos en que la jurisprudencia constitucional ha definido los alcances del régimen de transición⁶⁵; (ii) desconocimiento del precedente constitucional de que tratan, en especial, las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018; (iii) violación directa de la Constitución, específicamente, de sus artículos 29 (debido proceso), 48, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (seguridad social y sostenibilidad financiera) y 229 (acceso a la administración de justicia); y (iii) únicamente en el expediente T-7.977.757, decisión sin motivación, por cuanto la autoridad demandada no expuso en la sentencia las razones por la cuales se apartó del precedente constitucional en cuanto al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1. La Sala valorará de manera conjunta la totalidad de los defectos alegados, ya que todos ellos suponen un cuestionamiento acerca de la forma en que las autoridades judiciales demandadas aplicaron el régimen de transición en cuanto al ingreso base para liquidar la

pensión de vejez, de que trata el artículo 36, inciso 3º, de la Ley 100 de 1993. En efecto, en los 6 casos acumulados, las distintas autoridades judiciales, al decidir las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho presentadas en contra de Colpensiones o del ISS ordenaron la reliquidación de pensiones de vejez, de acuerdo con el 75% del promedio de los factores salariales, en algunos casos de todo lo devengado, del último año de servicios.

1. Subreglas jurisprudenciales en relación con el ingreso base de liquidación en el régimen de transición

1. Respecto al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁶⁶, las sentencias T-078 de 2014⁶⁷ y SU-230 de 2015⁶⁸ precisaron que únicamente cobijaba los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, pero no así el IBL, el cual debía ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicio.

1. Frente al contenido y alcance del artículo 48 de la Constitución y su reforma, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, que procuró establecer un sistema único universal en materia pensional, en la Sentencia C-258 de 2013⁶⁹, la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó que no era posible establecer condiciones pensionales diferentes o preferentes a las establecidas en el SGSSP. De un lado, según indicó la Corte, aunque la enmienda constitucional respetó la existencia de un régimen de transición en asuntos pensionales, fijó unos límites temporales y materiales⁷⁰; estos, de otro lado, han sido delimitados en decisiones de tutela posteriores, tal como se explica a continuación.

1. (i) En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte determinó que no podía extenderse el régimen pensional fijado en la Ley 4 de 1992 a quienes, con anterioridad al 1 de abril de 1994, no se encontraran afiliados al sistema.

1. (ii) En la citada sentencia, para determinar el IBL de los beneficiarios de regímenes especiales se ha precisado que se deben aplicar las previsiones descritas en el artículo 2171 y en el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993⁷². Lo anterior, toda vez que esa interpretación es la que mejor se ajusta a los principios descritos en el artículo 48 Superior, a la cláusula del Estado Social de Derecho –que impone un mandato de distribución equitativa– y a la voluntad del legislador, el cual, al regular el SGSSP, hizo énfasis en la necesidad de restringir las reglas del IBL para evitar la evasión con situaciones como el denominado “carrusel” de las pensiones. Fue por esta razón que la Sala Plena declaró inexecutable la expresión “durante el último año”, contenida en el artículo 17, inciso 1°, de la Ley 4 de 1992.

1. (iii) Además, en la sentencia en cita, la Corte Constitucional precisó que no era posible que para liquidar tales pensiones se tuvieran en cuenta todos los rubros, porque solo constituían factores de liquidación aquellos que fueran salariales y prestaciones que tuvieran la característica de ser remunerativas del servicio, sobre los cuales los beneficiarios hubieren realizado aportes. Por tal razón, en la sentencia de constitucionalidad en cita se declaró inexecutable la expresión “por todo concepto”, contenida tanto en el inciso 1° como en el párrafo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

1. (iv) La Corte también declaró inexecutable el privilegio dado a dichas pensiones –el regulado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992–, según el cual su incremento anual se fijaba de conformidad con el salario mínimo⁷³, pues tal tratamiento preferencial se aplicaba únicamente a favor de las personas con los ingresos más altos. Por tanto, estas debían estar sometidas a las normas generales.

1. (v) En dicha sentencia se aclaró, igualmente, que no podía hablarse de derechos adquiridos ni considerar como “justo” el título que exige el artículo 58 de la Constitución

cuando se ha actuado de mala fe o se ha infringido el orden jurídico, pues, en tales casos, no se está frente a derechos “adquiridos con arreglo a la ley”. La Corte enfatizó que, en materia pensional, las conductas de abuso del derecho y fraude a la ley hacen alusión a la obtención del reconocimiento de derechos pensionales ventajosos mediante interpretaciones contrarias a las finalidades y principios del SGSSP y que conducen a la defraudación del erario⁷⁴.

1. (vi) Posteriormente, por medio de la Sentencia SU-230 de 2015⁷⁵, se extendió la interpretación fijada en sede de control abstracto a las mesadas de servidores públicos pensionados con sujeción a la Ley 33 de 1985, por virtud del régimen de transición, con independencia de que pertenecieran o no a un régimen especial, pues los únicos conceptos aplicables para el reconocimiento de las pensiones regidas por las normas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, eran: “(i) la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional; (ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto; y (iii) el monto de la misma”.

1. (vii) En torno al mecanismo al que, por excelencia, debía recurrir la entidad pública correspondiente para atacar las providencias en las que presuntamente se hubiese incurrido en un abuso del derecho, en la Sentencia SU-427 de 2016⁷⁶ se señaló que era el recurso de revisión, contemplado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003⁷⁷, salvo en aquellos casos en los que, de manera palmaria, se evidenciara la ocurrencia de dicha irregularidad. En este caso, se hizo énfasis en que, en caso de configurarse un abuso del derecho, el juez constitucional estaría habilitado para desplazar las competencias del juez ordinario.

1. (viii) Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse al régimen prestacional de la Rama Judicial (Decreto 546 de 1971⁷⁸), pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero con exclusión del IBL, ya que respecto de este se deben utilizarse los parámetros del sistema general.

1. (ix) Con relación al “abuso del derecho”, en la Sentencia SU-395 de 201779, la Corte precisó que, según lo señalado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-427 de 2016, con la utilización de dicho concepto o de la expresión “fraude a la ley”, no se busca establecer la existencia de conductas ilícitas sino que son situaciones que surgen del “empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”.

1. En la providencia en cita se reiteró que el abuso del derecho se evidencia cuando, bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del IBL, se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva”. Y, de otra parte, que los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicio derivan en una pensión que no guarda relación alguna con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para pagar la pensión reconocida.

1. (x) Quienes pertenecen al régimen de transición no tienen una suerte de derecho adquirido sino una expectativa, según lo dispuesto en la Sentencia SU-023 de 201880. En esta decisión se hizo referencia a la aparente uniformidad de criterios en torno al alcance e interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sostenida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, y descartó las razones por las cuales el Consejo de Estado asumía una posición contraria⁸¹.

1. Características de los casos concretos que permiten evidenciar la configuración de una situación de abuso del derecho

1. A continuación, se presentará una sinopsis de los seis casos que se revisan, donde se consigna información importante de los pensionados – beneficiarios de las sentencias objeto de reproche–, que permiten concluir que en cada uno de ellos se presenta un evidente abuso del derecho, debido a que la vinculación en el último cargo ocupado se hizo de forma precaria y ello derivó en un incremento excesivo de la pensión que les había sido reconocida por el ISS o Colpensiones, respectivamente⁸².

Cuadro No. 7 Abuso del derecho

Expediente y datos relevantes pensionado(a)

Abuso palmario del derecho

Vinculación precaria

Incremento excesivo de la pensión

T-7.953.228

Bertha Stella Pineda Castro, identificada con C.C. No. 41.681.797 de Bogotá

Fecha de nacimiento: 29 de septiembre de 1956

Fecha de afiliación: 29-01-76

Reporte total de semanas cotizadas (20 abril de 2020): 1.053,86

Consejo de Estado, Sección Tercera, en comisión del Ministerio de Justicia, de 1987 a 1990

Escribiente Nominada, del 16-05-90 a 30-04-93

Auxiliar Judicial Grado I, del 01-05-93 al 02-07-07

Sustanciadora Nominada en descongestión, del 03-07-07 al 19-12-07.

Todos los cargos de libre nombramiento y remoción

Salario mensual anterior al último cargo:

\$ 1.859.676

Salario mensual en el último cargo:

\$ 3.453.536

Valor pensión antes de reliquidación:

\$1.601.628

Valor pensión después de reliquidación:

\$2.696.327

Diferencia: \$1.094.699. Incremento: 68.35%

Se evidencia abuso del derecho

La vinculación es precaria ya que se ocupó un cargo en descongestión, que tuvo una duración de 5 meses y 15 días, aproximadamente, en el último año de servicios, de mayor jerarquía y remuneración, que, por su fugacidad, distorsiona la relación entre el monto de la cotización y el de la pensión. Esto socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional.

Se evidencia un incremento excesivo del monto de la pensión, que equivale al 68,35%, aproximadamente, como se desprende de las sumas arriba relacionadas, por concepto de la mesada pensional antes y después de la reliquidación que se ordenó en la sentencia demandada. Surge así una ventaja ilegítima para la trabajadora que compromete los principios de igualdad y solidaridad del SGSSP.

T-7.977.520

María Elena Upegui, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.709.749 de Bogotá.

Fecha de nacimiento: 13 de febrero de 1956

Fecha de afiliación: 01-01-96

Reporte total de semanas cotizada (8 de octubre de 2019): 1.122

Senado de la República, Secretaria Ejecutiva, del 24-10-86 al 08-10-90

Personería de Bogotá, del 02-04-91 al 12-02-09

Profesional Especializada XII-A, luego Código 335 Grado 07 y Código 222 Grado 07

A partir del 07-04-08 fue comisionada como Personera Delegada Código 040 Grado 03, de la Personaría Delegada para la Defensa de los Derechos humanos, Protección de la Familia y el Menor, hasta el 12-02-09

Salario mensual anterior al último cargo:

\$2.018.567

Salario mensual en el último cargo, osciló entre:

\$ 4.343.811 (abril)

\$ 4.923.872 (mayo-junio)

\$ 6.376.075 (julio)

\$ 5.204.040 (agosto-febrero)

Valor pensión antes de reliquidación:

\$3.605.207

Valor pensión después de reliquidación:

\$9.853.127

Diferencia: \$6.247.920. Incremento: 173.3%

Se evidencia abuso del derecho

La vinculación es precaria, derivada de la designación en comisión en un cargo por 10 meses, aproximadamente, en el último año de servicios, de mayor jerarquía y remuneración, que, por su brevedad, distorsiona la relación entre el monto de la cotización y el monto de la pensión. De esta manera, se subvierte el fin que inspira el principio de solidaridad e impacta de forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible.

Se verifica un incremento significativo del monto de la pensión, que equivale a 173,3%, aproximadamente, como se desprende de las sumas arriba relacionadas, por concepto de la mesada pensional antes y después de la reliquidación que se ordenó en la sentencia demandada. El incremento no guarda relación alguna con los aportes que acumuló la trabajadora en su vida laboral.

T-7.977.757

Laureano David Acosta Romero, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.016.173 de Lorica (Córdoba)

Fecha de nacimiento: 17 de diciembre de 1949

Fecha de afiliación: 14-02-95

Reporte total de semanas cotizadas: 1.404 y el ISS reportó 310,29

Departamento de la Guajira, Secretaría de Educación del Departamento de la Guajira (docente), del 09-04-73 al 31-08-94

Caja de Compensación Familiar de la Guajira, del 01-02-95 al 31-12-98

En otros cargos, en empresas privadas (LT geoperforaciones y minería Ltda., del 01-06-98 al 31-08-01

Departamento de la Guajira, como Secretario de Educación, del 05-07-03 al 13-01-04

Salario mensual anterior al último cargo:

\$1.178.200

Salario mensual en el último cargo:

\$3.272.400

Valor pensión antes de reliquidación:

\$1.024.185

Valor pensión después de reliquidación: \$2.684.711

Diferencia: \$1.660.526. Incremento: 162,13%

Se evidencia abuso del derecho

La vinculación es precaria, derivada del ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción, ocupado por 6 meses, aproximadamente, en el último año de servicios, de mayor jerarquía y remuneración, que, por su fugacidad distorsiona la relación entre el monto de la cotización y el de la pensión. Esta circunstancia socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional.

T-7.969.288

Gustavo Forero Galeano, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.832.081 de Bucaramanga.

Fecha de nacimiento: 16-06-54

Fecha de afiliación: 01-04-94

Reporte total de semanas cotizadas: 1.117

Telecom, Analista II, del 16-04-75 al 31-03-95

Senado de la República, Asistente Grado V, del 02-02-00 al 13-11-00

Cámara de Representantes, del 01-02-04 al 20-02-04, y como Asesor III, del 31-03-04 al

07-02-05

Salario mensual anterior al último cargo:

\$1.855.380

Salario mensual en el último cargo:

\$3.580.000

Valor pensión antes de reliquidación:

\$1.525.674

Valor pensión después de reliquidación:

\$4.960.513

Diferencia: \$3.434.839. Incremento: 225,13%

Se evidencia abuso del derecho

La vinculación es precaria, ya que se deriva de su designación como asesor III (contrato de prestación de servicios o libre nombramiento y remoción), por 10 meses, aproximadamente, en el último año de servicios, de mayor jerarquía y remuneración, que, por su brevedad, distorsiona la relación entre el monto de la cotización y el monto de la pensión. De esta manera, se subvierte la finalidad que inspira el principio de solidaridad e impacta de forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible.

Se evidencia un incremento significativo del monto de la pensión, que equivale a 225,13%, aproximadamente, como se desprende de las sumas arriba relacionadas, por concepto de la mesada pensional antes y después de la reliquidación que se ordenó en la sentencia demandada. El incremento no guarda relación alguna con los aportes que acumuló el trabajador en su vida laboral.

T-7.958.044

Amelia Rosso Camacho, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.762.538 de Ocaña (Norte de Santander)

Fecha de nacimiento: 07-07-49

Fecha de afiliación: 01-04-94

Reporte total de semanas cotizadas: 1.542

Rama Judicial, del 01-02-72 al 10-07-77

Contraloría General de la República, del 16-11-79 al 23-08-85

Fondo de Previsión del Congreso, del 03-06-86 al 12-04-89

Empresa de Energía de Bogotá SA ESP, del 13-03-89 al 31-12-93

Personería de Bogotá, desde el 01-03-94, en el cargo de Profesional Especializado XII-C y el 26-02-99 fue incorporada a la nueva nomenclatura de cargos como Profesional Especializado Código 335 Grado 07;

Sin embargo, el 27-04-05 fue nombrada por encargo como Personera Local, código 043 grado 01, de la Personería Local de Tunjuelito hasta el 25-05-05;

El 31-05-05 le fue aceptada la renuncia presentada al cargo de Profesional Especializado, código 335 grado 07, a partir de dicha fecha;

Finalmente, el 31-05-05 fue nombrada nuevamente como Personera Local código 043 grado 01, de la Personería Local de Tunjuelito, hasta el 30-06-06

Salario mensual anterior al último cargo:

\$1.697.380

Salario mensual en el último cargo:

\$3.265.007

Valor pensión antes de reliquidación:

\$2.888.536

Valor pensión después de reliquidación:

\$6.969.478

Diferencia: \$4.080.942. Incremento: 141,3%

Se evidencia abuso del derecho

La vinculación es precaria, derivada de su designación en encargo, como Personera Local durante 14 meses, aproximadamente, que comprende el último año de servicios, de mayor jerarquía y remuneración, que, por su carácter exiguo, distorsiona la relación entre el monto de la cotización y el de la pensión. Esta circunstancia socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional.

Se acredita un incremento protuberante del monto de la pensión, que equivale a 141,3%, aproximadamente, como se desprende de las sumas arriba relacionadas, por concepto de la mesada pensional antes y después de la reliquidación que se ordenó en la sentencia demandada. Surge así una ventaja ilegítima para la trabajadora, que compromete los principios de igualdad y solidaridad del SGSSP.

T-7.964.405

Héctor Villarraga Sarmiento, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.193.492 de Bogotá

Fecha de nacimiento: 06-09-52 (fallecido 21-12-18)

Fecha de afiliación: 01-04-94

Reporte total de semanas cotizadas: 1.380

Universidad del Tolima, Vicerrector Académico, del 27-07-81 a enero de 2012

Rector encargado, entre febrero y octubre de 2012

Salario mensual anterior al último cargo:

\$7.586.000

Salario mensual en el último cargo:

\$11.080.000

Valor pensión antes de reliquidación:

\$4.456.853

Valor pensión después de reliquidación: \$7.872.642

Diferencia: \$3.415.789. Incremento: 76,64%

Se evidencia abuso del derecho

La vinculación es precaria, derivada de su designación en encargo, como rector, por 9 meses, aproximadamente, de mayor jerarquía y remuneración, que, por su fugacidad, distorsiona la relación entre el monto de la cotización y el monto de la pensión. De esta manera, se subvierte el fin que inspira el principio de solidaridad e impacta en forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible.

Se evidencia un incremento significativo del monto de la pensión, que equivale a 76,64%, aproximadamente, como se desprende de las sumas arriba relacionadas, por concepto de la mesada pensional antes y después de la reliquidación que se ordenó en la sentencia demandada. El incremento no guarda relación alguna con los aportes que acumuló el trabajador en su vida laboral.

1. Las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de Colpensiones

1. En virtud del régimen de transición, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del que son beneficiarios los demandantes dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, las sentencias acusadas procedieron a ordenar la reliquidación de la pensión de vejez, de acuerdo con el 75% del promedio de los factores salariales percibidos el último año de servicios, es decir, incluyendo el IBL entre los elementos del régimen de transición. Esta corresponde a una interpretación inconstitucional de la ley ya que, como se precisó supra, el IBL no es uno de los componentes sometidos a transición. Por tal razón, las sentencias acusadas adolecen de un defecto sustantivo.

1. Adicionalmente, los fallos cuestionados desconocieron el precedente constitucional fijado en la Sentencia C-258 de 2013 y precisado en casos concretos en las sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-028 de 2018. En efecto, se encuentra acreditado un abuso palmario del derecho, si se tiene en cuenta que, por una parte, (i) dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho se les concedió a los demandantes unos ingresos pensionales que no corresponden con los que durante su vida laboral percibieron y cotizaron. Esta interpretación contraria a la Constitución incidió significativamente en su derecho pensional, incrementando las mesadas en más del 60%, en dos de los casos, y, en los cuatro

restantes, en más del 140%, incluso, en uno de ellos, en más del 220%⁸³. Dicha situación supone un beneficio superior al que les correspondía percibir a los pensionados, de acuerdo con su esfuerzo individual. Por tanto, con la interpretación que las autoridades judiciales demandadas le dieron al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se causó una prestación ventajosa en su favor, que pone en riesgo el principio de equidad y defrauda el SGSSP. Por lo anterior, de dichas providencias no puede derivarse el respeto de los derechos adquiridos o la existencia de un justo título.

1. Por otra parte, en los casos objeto de estudio se evidencia que (ii) la última vinculación de los referidos demandantes fue precaria, por su fugacidad, ya que a menos de un año de su retiro, en cinco de ellos⁸⁴, y a catorce meses en el otro⁸⁵, se desempeñaron en cargos de mayor jerarquía y remuneración, en descongestión, comisión, encargo y libre nombramiento y remoción, cuyo salario terminó incidiendo significativamente en el incremento desproporcionado de su actual mesada, con relación a lo que devengaron en toda su vida laboral, como fue acreditado por Colpensiones.

1. La Sala también encuentra acreditado un supuesto de violación directa a la Constitución, en sus artículos 29 y 48, pues, se reitera, las autoridades demandadas efectuaron un reconocimiento pensional en contravención a lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, a partir de esta interpretación inconstitucional, procedieron a ordenar que la mesada pensional de los demandantes, dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, fuera fijada teniendo en cuenta los ingresos del último año laborado, por lo que el valor ordenado no guardó relación alguna con los aportes que acumularon durante su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para su pago.

1. En torno a la falta de motivación en la decisión atacada en el expediente T-7.977.757, la Sala no advierte la configuración del mencionado defecto. Esto es así, como quiera que la autoridad demandada, si bien se apartó del precedente constitucional, fundamentó la

decisión tomada en lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el fallo de unificación emitido por el Consejo de Estado en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) y el Convenio 095 de 1949 de la OIT⁸⁶. Estos elementos normativos y jurisprudenciales sirvieron para motivar la decisión; sin embargo, como se precisó supra de que esto hubiese sido así, no se sigue que no se hubiesen configurado los demás defectos referidos: sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución.

1. Así las cosas, convergen factores que, claramente, conducen a concluir que existe una afectación a las garantías fundamentales de la entidad demandante y, en consecuencia, un daño al erario y al sistema pensional, pues, entre otras cosas, se impone una carga desproporcionada a un sistema solidario, que pone en riesgo la seguridad social de todos los colombianos.

1. En ese sentido, dado que las decisiones cuestionadas adolecen de unos defectos que justifican el amparo del derecho fundamental al debido proceso de Colpensiones, se procederá a dejarlas sin efecto, así como a las resoluciones proferidas por el ISS y Colpensiones, por medio de las cuales se dio cumplimiento a los referidos fallos. En razón de lo anterior, a su vez, se ordenará suspender el pago de las sumas que resultaron a favor de los demandantes dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de que da cuenta esta providencia, por concepto de la diferencia surgida entre los montos pagados como mesada pensional, según las resoluciones del ISS y Colpensiones, y las que se ordenó pagar, después de que se efectuó la reliquidación, con el 75% del promedio de los factores salariales, en algunos casos de todo lo devengado, del último año de servicios. En ese mismo sentido, de manera consecuencial, se ordenará dejar sin efectos los procesos ejecutivos que se encuentren en curso, adelantados para obtener el pago de los dineros antes señalados, y se precisará que no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero por concepto de mesadas pensionales que ya habían sido canceladas por Colpensiones a los beneficiarios, comoquiera que las mismas se presumen percibidas de buena fe.

1. Síntesis de la decisión

1. Colpensiones reclama la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estos habrían sido conculcados en diferentes sentencias proferidas en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se desconoció que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez, establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no era un aspecto sometido a transición.

1. La Sala de Revisión evidenció que en los 6 casos acumulados se presenta un abuso palmario del derecho, el cual se configura con la vinculación precaria de los pensionados, en periodos menores a los 14 meses antes de la culminación de sus servicios, lo que dio como resultado un incremento significativo en su mesada pensional, que se mantiene a pesar del paso del tiempo con su pago periódico y el cual afecta gravemente las finanzas del sistema pensional y, por ende, los derechos de otros afiliados.

1. A partir de esta constatación, se acreditó que las sentencias atacadas presentan un defecto material o sustantivo, desconocen el precedente constitucional y vulneran de manera directa la Constitución al incluir dentro del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el IBL, cuando la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que este factor se encuentra excluido de dicho régimen.

1. Por tanto, la Sala de Revisión ordenó revocar los fallos de tutela proferidos, amparó el derecho fundamental al debido proceso de Colpensiones y dejó sin efectos las providencias cuestionadas, proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, al igual que las resoluciones proferidas en cumplimiento de los fallos que se revocan.

1. En consecuencia, se ordenó dejar sin efectos los procesos ejecutivos que se encuentren en curso, adelantados para obtener el pago de las sumas que resultaron a favor de los demandantes dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, y se precisó que no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero por concepto de mesadas pensionales que ya habían sido canceladas por Colpensiones a los beneficiarios, comoquiera que las mismas se presumen percibidas de buena fe.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante auto del 5 de marzo de 2021, dentro de los expedientes acumulados: T-7.953.228; T-7.958.044; T-7.964.405; T-7.969.288; T-7.977.520 y T-7.977.757.

SEGUNDO. En relación con el expediente T-7953.228, REVOCAR el fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por la Subsección A, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 19 de junio de 2020 que, a su vez, confirmó el dictado, en primera instancia, por la Subsección C, de la Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 6 de mayo de 2020, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia dictada el 1 de diciembre

de 2010 por el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la señora Bertha Pineda Castro contra el Instituto de Seguro Social, por las razones señaladas en esta providencia, así como las resoluciones proferidas en cumplimiento del fallo que se revoca.

TERCERO. En relación con el expediente T-7.977.520, REVOCAR el fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por la Subsección A, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, el 9 de marzo de 2020 que, a su vez, confirmó el dictado, en primera instancia, por la Sección Primera de la misma Corporación, el 23 de enero de 2020, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la señora María Elena Upegui Galvis contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y el Instituto de Seguro Social, por las razones señaladas en esta providencia, así como las resoluciones proferidas en cumplimiento del fallo que se revoca.

CUARTO. En relación con el expediente T-7.977.757, REVOCAR el fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por la Subsección A, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, el 5 de marzo de 2020 que, a su vez, confirmó el dictado, en primera instancia, por la Sección Primera de la misma Corporación, el 15 de noviembre de 2019, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la decisión dictada el 28 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor Laureano David Acosta Romero, por las razones señaladas en esta providencia, así como las resoluciones proferidas en cumplimiento del fallo que se revoca.

QUINTO. En relación con el expediente T-7.969.288, REVOCAR el fallo de tutela proferido, en

segunda instancia, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 18 de junio de 2020, que, a su vez, confirmó el dictado, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Santander, el 7 de mayo de 2020, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2012, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga⁸⁷, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor Gustavo Forero Galeano en contra del Instituto de Seguro Social, por las razones señaladas en esta providencia, así como las resoluciones proferidas en cumplimiento del fallo que se revoca.

SEXTO. En relación con el expediente T-7.958.044, REVOCAR el fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por la Subsección A, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 19 de junio de 2020 que, a su vez, confirmó el dictado, en primera instancia, por la Sección Cuarta de la misma Corporación, el 19 de febrero de 2020, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia dictada el 26 de agosto de 2014 por la Subsección D, de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la señora Amelia Rosso Camacho contra el Instituto de Seguro Social, por las razones señaladas en esta providencia, así como las resoluciones proferidas en cumplimiento del fallo que se revoca.

SÉPTIMO. En relación con el expediente T-7.964.405, REVOCAR el fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 26 de junio de 2020 que, a su vez, confirmó el dictado, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 29 de mayo de 2020, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia dictada el 31 de enero de 2012, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial

de Ibagué, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor Héctor Villarraga Sarmiento, por las razones señaladas en esta providencia, así como las resoluciones proferidas en cumplimiento del fallo que se revoca.

OCTAVO. DISPONER que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en el término de quince (15) días, contados a partir de la comunicación de esta providencia, expida los respectivos actos administrativos de reliquidación de la pensión reconocida, a: Bertha Stella Pineda Castro, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.681.797 (expediente de tutela T-7.953.228); María Elena Upegui, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.709.749 (expediente de tutela T-7.977.520); Laureano David Acosta Romero, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.016.173 (expediente de tutela T-7.977.757); Gustavo Forero Galeano, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.832.081 (expediente de tutela T-7.969.288); Amelia Rosso, identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.762.538 (expediente de tutela T-7.958.044); y Héctor Villarraga Sarmiento, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.193.492 (expediente de tutela T-7.964.405), teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de los factores salariales sobre los cuales los afiliados realizaron cotizaciones en los diez últimos años de servicio.

NOVENO. ORDENAR la suspensión del pago de las sumas que resultaron a favor de los demandantes dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, por concepto de la diferencia surgida entre los montos pagados como mesada pensional, según las resoluciones del ISS y Colpensiones, y las que se ordenó pagar, después de que se efectuara la reliquidación, con el 75% del promedio de los factores salariales, en algunos casos de todo lo devengado, del último año de servicios. En ese mismo sentido, DEJAR SIN EFECTOS los procesos ejecutivos que se encuentren en curso, adelantados para obtener el pago de los dineros antes señalados.

DÉCIMO. No habrá lugar al reintegro de sumas de dinero por concepto de mesadas pensionales que ya habían sido canceladas por Colpensiones a los beneficiarios, comoquiera

que las mismas se presumen percibidas de buena fe.

DÉCIMO PRIMERO. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-334/21

Acciones de tutela interpuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) contra el Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y otros

Magistrado Ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación, presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la providencia adoptada por la mayoría de la Sala Quinta de Revisión, en sesión del 29 de septiembre de 2021.

1. En primer lugar, cabe precisar que coincido con lo decidido en la providencia, en tanto que se acreditó el abuso palmario del derecho en las providencias judiciales que ordenaron reliquidar varias pensiones de vejez a cargo de COLPENSIONES.

No obstante lo anterior, estimo que el análisis de procedencia del mecanismo de amparo constitucional aplicado al caso, si bien es acorde a la línea jurisprudencial vigente fijada en las sentencias C-258 de 201388, y SU 427 de 201689 y 631 de 201790, en relación el abuso palmario del derecho en materia de reliquidación pensional, puede resultar problemático porque permite una peligrosa flexibilización de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad que termina por desvirtuar las características de la acción de tutela, como medio de protección urgente y expedito de derechos fundamentales.

2. En lo que respecta al estudio de la inmediatez, la problemática planteada se configuraría porque se permite la revisión de providencias judiciales proferidas muchos años atrás, en esta oportunidad entre los años 2010 y 2015, y que no fueron objeto de reproche alguno en su momento por la entidad demandada. Así, permitir que se presenten tutelas varios años después de quedar en firme las providencias reprochadas, desvirtuaría la urgencia de proteger el patrimonio público pues el hecho generador de la afectación ocurrió tiempo atrás y la entidad no fue diligente en su momento para prevenir los efectos adversos de los pronunciamientos judiciales que le fueron adversos.

3. En consonancia con lo anterior, la flexibilización propuesta también implica desconocer

que las entidades condenadas a hacer reliquidaciones pensionales tienen el deber de acudir a los diversos mecanismos jurisdiccionales que les brinda el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos de forma pronta y oportuna en aras de buscar la protección de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual implica también afectar el carácter subsidiario de la tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución Política, en virtud del cual solo procede cuando no existan medios ordinarios de defensa judicial. En casos como los aquí estudiados, las autoridades condenadas podían y debían agotar el recurso ordinario de apelación y el extraordinario de revisión a la menor brevedad, tras la ejecutoria de las providencias reprochadas.

4. La inacción de las entidades condenadas hizo que las respectivas oportunidades procesales precluyeran y generaron una grave afectación al patrimonio del Estado, que motivó a la Corte Constitucional a suavizar el estándar de valoración del rigor subsidiario en materia de acción de tutela contra providencias judiciales que ordenaron reliquidaciones de pensiones obtenidas con abuso del derecho, y en consecuencia se desconoce que el ordenamiento jurídico contempla otros medios de defensa principales y adecuados para lograr la protección de los derechos afectados por las providencias que se revocan y que estos deben ser empleados para evitar las afectaciones a las finanzas públicas. Este ejercicio de recursos judiciales es además un requisito indispensable para el ejercicio procedente de la acción de tutela contra providencia judicial en los términos que ha señalado, en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto en la Sentencia T-334 de 2021.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

1 Los cuales llegaron a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso 2º, de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, acumulados por unidad de materia por medio de auto del 30 de noviembre de 2020, emitido por la Sala de Selección de Tutelas No. 6.

3 La parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la resolución No. 54045 del 11 de noviembre de 2008, expedida por la Gerente II del Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C., por la cual, se concedió la pensión de jubilación a la actora, sin tener en cuenta la asignación mensual más alta devengada durante el último año de servicio y sin incluir todos los factores salariales devengados. || SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reliquidar a la señora BERTHA STELLA PINEDA CASTRO identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 4.681.797 de Bogotá, su pensión mensula vitalicia de jubilación con el setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, comprendido entre el 20 de diciembre de 2006 y el 19 de diciembre de 2007, incluyendo como factores salariales además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, ya reconocidos, las doceavas partes de la prima de servicios, de la prima de vacaciones, de la prima de productividad y de la prima de navidad, previo descuentos de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión || TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora BERTHA STELLA PINEDA CASTRO dentificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.681.797 de Bogotá, las diferencias que resulten entre las cantidades liquidadas y las sumas canceladas por concepto de pago de la pensión de la demandante con los ajustes anuales de ley; sumas estas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE [...] || CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia, por

Secretaría envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para su consulta, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de esta sentencia y lo dispuesto en el artículo 184 del C.C.A. || QUINTO: A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses de conformidad con lo establecido en el inciso quinto del artículo 177 del C.C.A. [...]”.

4 La parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “PRIMERO: Declárase no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada || SEGUNDO: Declárase la nulidad parcia de la Resolución 0328 del diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), proferida por el Intituto de Segundos Sociales, en cuanto aplicó indebidamente el régimen pensional que cobija a la accionante, por las razones expuestas en la presente providencia || /TERCERO: Declárase la nulidad de la Resolución 16833 del 10 de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Instituto de Seguros Sociales, en cuanto negó la reliquidación pensional solicitada por la demandante, por las razones expuestas en la presente providencia. || CUARTO: Como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos acusados, y a título de restablecimiento del derecho, COLPENSIONES, reliquidará la pensión de vejez reconocida a la señora MARIA ELENA UPEGUI GALVIS identificada con la Cédula de Ciudadanía 24.709.749 de Bogotá, dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, a partir del trece [sic] (14) de febrero de dos mil once (2011), equivalente al 75% del promedio de los factores de salario devengados durante el último año de servicios (once (11) de febrero de dos mil ocho (2008) al doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009)), actualizados con el IPC a la fecha de efecividad de la prestación (14 de febrero de 2011) entendiendo que contituyen salario no sólo los reconocidos por la entidad demandada, sino que se considerará, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, prima de antigüedad, prima semestral, bonificación por servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, en la proporción mensual en la que hayan sido devengados por la demandante en el último año anterior al retiro del servicio, las tres últimas en doceavas partes. La entidad podrá efectuar el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se efectuó la deducción legal, en la proporción que legalmente le corresponde a la actora || QUINTO: COLPENSIONES, pagará las diferencias si resultan a favor de la demandante, con los reajustes de ley, entre las sumas de las mesadas pensionales que le ha reconocido y pagado y las que debe pagar legalmente, desde el 14 de febrero de 2011, hasta la ejecutoria de este fallo, diferencia indexada con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, como se indicó en la parte motiva

[...]”.

5 La parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones: No. 2299 del 6 de marzo de 2006 por medio de la cual el ISS reconoció la pensión del señor Laureano David Acosta, No. 02339 del 1 de febrero de 2008 por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por Laureano Acosta contra la resolución que le reconoció la pensión de jubilación y No. 0613 del 17 de marzo de 2008 por medio de la cual se resuelve recurso de apelación contra la resolución que concedió la pensión al actor. || SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho se ordena a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, -COLPENSIONES-, reliquidar y pagar las diferencias en las mesadas de la pensión de jubilación del señor Laureano David Acosta Romero teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante el último año de prestación de servicios comprendido entre agosto a diciembre de 1999 y julio de 2003 a enero de 2004, conforme lo previsto en la ley 33 de 1985 y de acuerdo con lo señalado por le Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010. || TERCERO: Del valor total liquidado a favor de la demandante, la entidad demandada descontará las sumas que no fueron canceladas en su momento por concepto de aportes para pensión, debiendo realizar las compesaciones a que hay lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes. || CUARTO: Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción trienal de las mesadas anteriores al 26 de junio de 2009, de conformidad con las consideraciones que anteceden. || QUINTO: Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad demandada debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA. [...]”.

6 La parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “PRIMERO: DECLÁRASE la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 10756 del veintitrés (23) de noviembre de dos mil nueve (2009) y la NULIDAD TOTAL del Oficio D.P.C.D.P No. 1433 fechado el tres (03) de junio de dos mil once (2011), expedidos por el Jefe del Departamento de Pensiones del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL Seccional Santander, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. || SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, a: (i) Reliquidar la pensión de jubilación reconocida al demandante GUSTAVO FORERO GALEANO en los términos del Art. 1 de la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero incluyendo la totalidad de los factores que constituyen salario, según se

expuso en la parte considerativa de este fallo, devengados por aquel durante el mismo periodo de tiempo, que se acrediten con las respectivas certificaciones y aplicado [sic] los lineamientos jurisprudenciales del H. Consejo de Estado, plasmados en las consideraciones de este fallo. (ii) Actualizar en estos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación del actor, la entidad demandada pagará la diferencia que resulte entre lo que pagó como consecuencia de la expedición de los actos aquí anulados y lo que debió pagar. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. (iii) Realizar el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena en la presente providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. || TERCERO: a título de restablecimiento del derecho ORDÉNASE al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL reconocer y pagar la respectiva indexación conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, según lo expuesto en el acápite considerativo de este fallo [...].”

7 La parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones No. 14890 de 27 de abril de 2012 y No. 18819 de 27 del mismo año, por medio de las cuales el Instituto de Seguro Social I.S.S. hoy COLPENSIONES, negó la reliquidación y pago de la pensión de jubilación a la señora Amelia Rosso de Camacho, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 27.762.538. || SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNESE a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, a reliquidar a favor la [sic] señora Amelia Rosso de Camacho, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 27.762.538, la pensión de jubilación en monto equivalente al 75% sobre el promedio salarial de todo lo devengado durante el último año de servicios es decir, del 31 de julio de 2005 al 3 de julio de 2006, teniendo en cuenta: la asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica prima de antigüedad, 1/12 de la bonificación por servicios, 1/12 de la prima de navidad, 1/12 de la prima semestral y 1/12 de la prima de vacaciones, a partir del 31 de julio de 2006, fecha en la cual se retiró del servicio, pero con efectos fiscales a partir del 11 de julio de 2008, por prescripción trienal. || TERCERO: ORDÉNASE pagar las diferencias de las mesadas causadas conforme a la fórmula actual que maneja esta jurisdicción en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A. [...] || CUARTO: Se ordena a la entidad accionada descontar los aportes correspondientes para pensión, sobre los factores respecto de los cuales no se haya

efectuado deducción legal, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. [...]”.

8 La parte resolutive de la sentencia es la siguiente: “PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. || SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos Resolución 05590 de 23 de junio de 2006 mediante la cual se le reconoce la pensión al demandante, sin la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año en que adquirió el estatus y la resolución 02446 de 17 de diciembre de 2008, que la confirmó en todas sus partes, de conformidad a lo estipulado en la parte motiva de este proveído. || TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR al instituto del Seguro Social a reliquidar y pagar a partir de que se acredite el retiro del servicio, el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios a la adquisición del estatus pensional, incluyendo como factores salariales en forma proporcional, Sueldo, Gastos de Representación, incremento por antigüedad, Prima Técnica, Prima Semestral Prima de vacaciones, Prima de Navidad. El Instituto de los Seguros Sociales podrá descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se hay efectuado la deducción legal. [...]”.

9 Este acápite sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido elaborado tomando como referencia las Sentencias T-640 y T-646 de 2017, T-208A de 2018, SU-516 de 2019 y SU-566 de 2019.

10 El inciso quinto del artículo 86 establece que la tutela también procede, en los casos que señale el legislador, contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos, o cuando afecten el interés colectivo, o respecto de quienes el accionante se halle en estado de indefensión o de subordinación.

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-425 de 2016.

12 El artículo 116 de la Constitución les asigna la función de administrar justicia.

13 Corte Constitucional, Sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-771 de 2003, T-949 de 2003, C-590 de 2005 y T-018 de 2008, T-743 de 2008, T-310 de 2009, T-451 de 2012, SU-424 de 2016, SU-037 de 2019 y T-078 de 2019, entre muchas otras, mediante las cuales la

posición fijada ha sido reiterada.

14 Corte Constitucional, Sentencias T-310 de 2009, T-451 de 2012 y T-283 de 2013.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

17 Corte Constitucional, Sentencias T-173 de 1993 y C-590 de 2005.

18 Corte Constitucional, Sentencia SU-115 de 2018.

19 Esta regla se desprende de la función unificadora de la Corte Constitucional, ejercida a través de sus Salas de Selección. Así, debe entenderse que si un proceso no fue seleccionado por la Corte para su revisión, se encuentra acorde con los derechos fundamentales. No obstante, la Corte ha admitido excepcionalmente su procedencia. En la SU-116 de 2018 hizo sobre el particular la siguiente síntesis: “32. De modo que cuando se trata de sentencia contra fallo de tutela la jurisprudencia ha sido clara en la imposibilidad de que esta se promueva contra fallo proferido por el pleno de la Corporación o una de sus Salas de Revisión, quedando la posibilidad de impetrar la nulidad ante el mismo Tribunal; pero si ha sido emitido por otro juez o tribunal procede excepcionalmente si existió fraude, además de que se cumplan los requisitos de procedencia general contra providencias judiciales y la acción no comparta identidad procesal con la sentencia atacada, se demuestre el fraude en su proferimiento y no se cuente con otro medio de defensa.

Si se trata de actuación de tutela una será la regla cuando esta sea anterior y otra cuando es posterior. Si se trata de actuación previa al fallo y tiene que ver con vinculación al asunto y se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción, el amparo puede proceder incluso si la Corte no ha seleccionado el asunto para su revisión; y si es posterior a la sentencia y se busca el cumplimiento de lo ordenado, la acción no procede a no ser que se intente el amparo de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción contra providencias judiciales, evento en el que procedería de manera excepcional.”.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, reiterada sucesivamente, entre otras, en la Sentencia SU-037 de 2019.

21 Artículo 29 de la Constitución Política.

22 Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2016.

23 En la Sentencia T-324 de 1996 dijo la Sala Tercera de Revisión: “[...] sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, –bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico–, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico”.

24 Corte Constitucional, Sentencias T-008 de 1998, T-937 de 2001, SU-159 de 2002, T-996 de 2003 y T-196 de 2006.

25 En razón del principio de independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

26 En la Sentencia SU-159 de 2002 señaló la Corte: “[...] opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”.

27 En la Sentencia SU-014 de 2001 advirtió la Corte: “Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial –presupuesto de la vía de hecho–, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia

del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos –vía de hecho por consecuencia– se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales”.

28 La decisión sin motivación se configura en una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela, en tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 2002.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006. Conforme con la Sentencia T-018 de 2008, el desconocimiento del precedente constitucional “[se presenta cuando] la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

30 Corte Constitucional, Sentencias SU-640 de 1998, T-462 de 2003, T-1285 de 2005 y T-292 de 2006.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-208A de 2018.

32 Corte Constitucional, Sentencia SU-037 de 2019.

33 Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-031 de 2016.

35 Corte Constitucional, Sentencia T-809 de 2010.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 2007, entre otras.

37 Corte Constitucional, Sentencias T-231 de 2007 y T-933 de 2003.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

39 Actúa por intermedio del Gerente de Defensa Judicial, Diego Alejandro Urrego Escobar, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo 131 del 26 de abril de 2019.

40 Los cuales resolvieron las demandas que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovieron Bertha Stella Pineda Castro, María Eugenia Upegui, Laureano David Acosta Romero, Gustavo Forero Galeano, Amelia Rosso Camacho y Héctor Villarraga Sarmiento.

41 Con relación a este requisito, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

42 En especial, en la Sentencia SU-182 de 1998, la Sala Plena precisó: “La Corte debe ahora reafirmar que las personas jurídicas de Derecho Público no podrían ejercer acción de tutela para esquivar su cumplimiento ni las responsabilidades inherentes a tal ejercicio, ni tampoco por fuera del ámbito de competencias que les corresponden, pero ello no obsta para que, según ha señalado la doctrina constitucional [...], deba reconocer el juez de constitucionalidad la existencia de principios y derechos de carácter universal [...]. Tal ocurre, por ejemplo, con los principios objetivos de índole procesal -que desde el punto de vista subjetivo sustentan el derecho de toda persona al debido proceso-, [...]. [Adicionalmente,] como antes se ha dicho, uno de los derechos que el sistema jurídico reconoce a las personas jurídicas, y cuya naturaleza lo admite, es el de la igualdad, y de él no están excluidas las que presten servicios públicos [...]. La Corte reitera en esta ocasión su doctrina constitucional, que ha reconocido a las personas jurídicas de naturaleza pública el derecho a la igualdad ante la ley” (resalto fuera de texto). En esta sentencia, le correspondió a la Sala decidir si la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había vulnerado el derecho a la igualdad en el acceso al espectro electromagnético de las empresas de servicios públicos estatales accionantes, en cuanto a la prestación del servicio de telefonía de larga

distancia, ya que únicamente se permitía a Telecom.

43 Colpensiones acudió directamente como parte demandada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que hace parte del expediente de tutela radicado con el número T-7.977.757 y en los cinco restantes (T-7.953.228, T-7.977.520, T-7.969.288, T-7.958.044 y T-7.964.405) está acreditada en razón de la sucesión de los intereses procesales del ISS, que tuvo lugar a partir del 28 de septiembre de 2012, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto 2011 de 2012.

44 Con relación a esta última inferencia, cfr., entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010, T-060 de 2016 y SU-427 de 2016.

45 En la Sentencia SU-637 de 2016, en la que se estudió una demanda de tutela en contra de una providencia judicial, la Corte Constitucional encontró acreditada la exigencia de inmediatez a partir del siguiente razonamiento: “a pesar de que la última sentencia atacada data de 2004, consideró que la jurisprudencia constitucional ha establecido en repetidas oportunidades que en el caso de reclamaciones tendientes al reconocimiento de prestaciones pensionales el requisito de inmediatez adquiere un matiz especial por cuanto la vulneración puede extenderse en el tiempo, dado el carácter periódico de este tipo de prestaciones”.

46 Por ejemplo, en la Sentencia T-073 de 2019 se precisó: “El requisito de inmediatez se flexibiliza ante el pago de una prestación periódica que implica una afectación de carácter continua, directa y grave al patrimonio público. En efecto, esta Corporación ha sostenido que la exigencia del plazo oportuno y razonable debe flexibilizarse ante esta situación, pues ‘el período empleado para la defensa de los derechos fundamentales [...] se torna adecuado y por ende la acción es procedente ante la grave afectación de recursos públicos’”.

48 Por medio del Auto 110 de 2013, que se levantó por medio de la Sentencia T-774 de 2015.

49 Corte Constitucional, Sentencia T-071 de 2021.

50 Un mecanismo judicial es idóneo cuando “es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales” (Sentencia SU-379 de 2019). El examen de

idoneidad exige constatar: (i) la existencia formal del recurso ordinario y (ii) la aptitud material del mismo, es decir, que permita solventar las pretensiones de forma completa y faculte al juez a brindar un “remedio integral para la protección de los derechos amenazados o vulnerados” (Sentencia SU-132 de 2018).

51 El medio ordinario es eficaz en abstracto cuando “está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados” (SU-132 de 2018). Por su parte, es eficaz en concreto si, “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” (Decreto 2591 de 1991, art. 6), es lo suficientemente expedito para garantizar estos derechos.

52 Constitución Política, art. 86.

53 En torno al tema, puede verse, entre otras, la Sentencia SU-631 de 2017.

54 Como se ha indicado, en las sentencias C-258 de 2013, SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017.

55 Sentencia C-258 de 2013.

56 Sentencia T-212 de 2018.

57 Para la Sala Plena, el fundamento material de esta condición fue el siguiente: “31.3. Desde esta óptica, es cuestionable que las vinculaciones precarias tengan un papel decisivo para establecer, con fundamento exclusivo en ella, la cuantía de la mesada pensional. Ello materialmente socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional. Admite situaciones en las cuales la prestación pensional, en su cuantía y en virtud de esas vinculaciones precarias, se torna incompatible con la historia laboral del pensionado. En ese escenario, los fondos pensionales se ven forzados a subsidiar mensualmente mesadas pensionales de personas sobre las que es difícil predicar una vulnerabilidad económica, con lo cual se subvierte el fin que inspira el principio de solidaridad. Conferir a una vinculación precaria la vocación para cambiar una historia de cotización, en virtud de un nombramiento temporal, impactaría en forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible”.

58 Con relación a este aspecto, señaló la Sala Plena: “Como consecuencia de lo anterior, la

Sala considera que una vinculación precaria con el Estado, depende de dos factores. El primero, del nivel de estabilidad que ofrece el vínculo entre el funcionario y el cargo de mayor jerarquía y remuneración desempeñado. Toda vez que puede predicarse fuerte para los nombramientos en propiedad por concurso de méritos y débil en lo que atañe a los encargos, las provisionalidades y las propiedades de libre nombramiento y remoción, de las que puede surgir una vinculación precaria de las funciones temporalmente ejercidas y nunca de los cargos a los que llega el funcionario como consecuencia de un nombramiento efectuado por el derecho que otorga una lista de elegibles. De este modo, el carácter exiguo del vínculo (segundo factor), solo puede impactar a los nombramientos de libre nombramiento y remoción, en provisionalidad y aquellos hechos en encargo, que cobran relevancia para determinar la cuantía de la mesada pensional”.

59 En parte, por cuanto el estado de cosas inconstitucional en el que estuvo inmersa Colpensiones, entre los años 2013 y 2015 que, como ya se mencionó, a partir del 28 de septiembre de 2012, asumió los intereses procesales del ISS, dificultó el cabal desarrollo de defensa jurídica de los intereses del Estado, en los plazos legales contemplados para ello.

60 Expedientes T-7.953.228, T-7.964.405, T-7.969.288, T-7.977.520 y T-7.977.757.

61 Expediente T-7.958.044.

62 Este requisito, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, implica evidenciar que “la cuestión que se entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes” (Sentencia C-590 de 2005), pues “el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones” (Sentencia C-590 de 2005). Este requisito, de conformidad con aquella, persigue, por lo menos, las siguientes tres finalidades: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional (cfr., sentencia C-590 de 2005) y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad (cfr., sentencias T-335 de 2000, T-1044 de 2007 y T-406 de 2014); (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales (cfr., C-590 de 2005) y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso

adicional para controvertir las decisiones de los jueces (cfr., sentencia T-102 de 2006). Por tanto, solo la evidencia prima facie de una afectación o vulneración de facetas constitucionales de los derechos fundamentales permite superar el requisito de relevancia constitucional de la tutela en contra de providencias judiciales. Con relación a este último aspecto, es importante precisar que todo derecho fundamental tiene facetas constitucionales, legales y reglamentarias. Los debates acerca de las facetas legales y reglamentarias de los derechos carecen, por tanto, de la relevancia constitucional necesaria para habilitar la excepcional intervención del juez de tutela en aras de controlar las decisiones proferidas en los procesos de las jurisdicciones diferentes de la constitucional.

63 La Sala Plena de la Corte Constitucional ha señalado, en diversas ocasiones, que estos casos son de relevancia constitucional, como se ha indicado en las sentencias C-258 de 2013, SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017.

64 En la sentencia SU-573 de 2019, la Corte concluyó que un asunto tiene relevancia constitucional cuando: (i) existe evidencia de la existencia de una afectación prima facie desproporcionada a un derecho fundamental o principio constitucional, (ii) la controversia debe versar sobre un asunto constitucional, no meramente legal y/o económico o (iii) el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental.

65 En especial las sentencias: C-168 de 1995 y C-596 de 1997, C-258 de 2013 y T-109 de 2019.

66 “Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. || El ingreso base para

liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. || Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.|| Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida || Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos. || Parágrafo. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º.) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”.

67 En el expediente se estudió si la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– habían vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social en la sentencia de casación del 15 de mayo de 2012, por desconocimiento de las normas que, presuntamente, resultaban aplicables al caso concreto, tales como los decretos 2201 de 1987, 2661 de 1960, 2123 de 1992 y la Ley 33 de 1985.

68 El proceso giró en torno a un beneficiario del régimen de transición en materia pensional que consideró vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital del adulto mayor y al acceso real y efectivo a la administración de justicia con la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ordenó: (i) aplicar a la liquidación de su pensión el

promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, tal como lo disponía el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; (ii) absolver al Banco Popular del pago de los intereses moratorios; y (iii) condenar al accionante al pago de los aportes en salud.

69 La Corte estudió varios cargos de inconstitucionalidad en contra del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y su parágrafo, “mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

70 La Corporación manifestó que el régimen especial que contenía la disposición acusada generó inequidad y desconoció los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad del componente de seguridad social.

71 “Artículo 21. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

72 El citado inciso dispone: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

73 El aparte declarado inexecutable señalaba: “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”.

74 Por ende, cuando un servidor público o un particular se aprovecha de una norma para

obtener una ventaja que rompe la equidad y defrauda el SGSSP está abusando del derecho y actuando con fraude a la ley, situación que no puede generar un justo título ni mucho menos un derecho adquirido legítimamente, pues la Constitución consagra, como un deber de todo ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

75 La Corte estudió el caso de una persona que presentó una demanda de tutela en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de una entidad bancaria, luego de considerar que, en el curso de un proceso judicial y administrativo que adelantó ante estas, se le habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, toda vez que le liquidó su mesada pensional con base en el promedio de los aportes cotizados durante los últimos 10 años, con fundamento en la Ley 100 de 1993, y no se tuvo en cuenta el salario promedio que sirvió de base a los aportes en el último año de servicio, como lo dispone la Ley 33 de 1985.

76 Esta se expidió a raíz de varias demandas de tutela presentadas por la UGPP contra providencias judiciales en las que se efectuaron diferentes reconocimientos pensionales. La Corte Constitucional valoró la tensión entre tales reconocimientos y los principios de seguridad jurídica y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

77 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Exceptuados y Especiales”.

78 “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

79 La Sala Plena de la Corte Constitucional hizo énfasis en las discusiones que doctrinal y jurisprudencialmente se presentaban en torno a qué debía entenderse por “monto”, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, además, decantó su jurisprudencia en lo relacionado con el abuso del derecho.

80 En el expediente se estudió si la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que había negado el recurso extraordinario de casación había vulnerado los derechos fundamentales incoados por el tutelante, primero, al haberse fundamentado en argumentos y consideraciones que habrían desconocido la jurisprudencia

de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y, segundo, al no haberse pronunciado acerca del presunto desconocimiento del acto propio por parte de Caprecom y de la imposibilidad para esta de revocar el acto administrativo que le reconoció su derecho pensional, sin su consentimiento, y; finalmente, al haber aplicado una norma declarada condicionalmente exequible mediante la Sentencia C-835 de 2003.

81 Las razones propuestas por el Consejo de Estado, a partir de la reconstrucción que se hizo en la citada sentencia, eran las siguientes: “(i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudirse a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de ‘monto’, desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma ‘fraccionada’ el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el ‘monto’ con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica”. En relación con el principio de favorabilidad, en la citada Sentencia SU-023 de 2018, la Corte Constitucional acudió a la definición propuesta en la Sentencia C-198 de 1995, esto es, que “opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones”. A partir de esta noción, la Sala Plena justificó por qué no podía alegarse su desconocimiento en el caso objeto de estudio, puesto que: (i) las normas que se aplican de forma ultractiva en virtud del régimen de transición no están vigentes y, por ende, en estricto sentido no puede predicarse un conflicto entre dos normas válidas, y (ii) porque el mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de todas formas, no es susceptible de varias interpretaciones; por el contrario, tiene una que fue fijada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, en la Sentencia C-258 de 2013. Además, aclaró los reparos gramaticales frente a la expresión “monto”, descartando los otros alcances que pudiera tener ya que, con independencia de las distintas acepciones de que pudiera gozar, lo cierto era que “el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: ‘[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2º]’ debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante ‘todo el tiempo’ cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho” (corchetes de la sentencia). La Sala agregó que dicha interpretación no atentaba

contra la seguridad jurídica, dado que el régimen de transición buscaba beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas y así garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales. Además, descartó que una interpretación en ese sentido desconociera el principio de “inescindibilidad” de la ley, pues indicó que el mismo no era absoluto, sino que el Legislador estaba facultado para determinar la forma en la que se debía aplicar una disposición, como ocurrió en la regulación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

82 Se precisa que en los reconocimientos pensionales de carácter administrativo se tuvo en cuenta como ingreso base de liquidación, los factores salariales de los últimos diez años de servicios siempre que sobre ellos se hubieren efectuado aportes o cotizaciones al sistema.

84 Expedientes T-7.953.228, T-7.964.405, T-7.969.288, T-7.977.520 y T-7.977.757.

85 Expediente T-7.958.044.

86 En la sentencia emitida el 28 de junio de 2015, se indicó lo siguiente: “la manera como se liquidó la pensión del actor también está en contra a lo regulado en los artículo [sic] 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º de la ley 33 de 1985, pues, si bien le incluyeron el tiempo en que laboró como secretario de Educación del Departamento de la Guajira, de julio de 2003 a enero 11 de 2004, lo cierto es que se liquidó no con el último año de servicio como lo señala la ley 33/85, sino con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, como se puede ver en la liquidación realizada por el ISS [...] forma de liquidación que sólo [sic] aplicable a quienes estén beneficiados por el régimen de transición, para los que resulte más favorable. || Ahora bien, como se señala en la sentencia citada en el numeral 2-3. Up supra, los factores salariales enlistados en la ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la ley 33 de 1985 no son taxativos, por lo que bajo el principio de favorabilidad fue interpretada la norma mediante la sentencia [...] en el proceso con radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), la cual cubre no sólo a pensiones reconocidas en ella sino las reconocidas con posterioridad a dicha sentencia de unificación de criterios de liquidación de pensiones por la ley 33 de 1985. || Así las cosas, los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de la liquidación de la pensión de jubilación, son todas aquellas que se devengaron por el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, y no acudir únicamente a la relación taxativa de factores salariales que señala el

artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de ese mismo año; ni teniendo en cuenta sólo las que sirvieron de base para realizar los aportes en pensiones, pues, el Tribunal Administrativo no solo tiene en consideración lo dicho por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sino precisa que para todos los efectos la República de Colombia, debe tener en consideración que la OIT mediante el Convenio 96 ha definido lo que debe entenderse por salario”.

87 Cuyos procesos se encuentran a cargo del Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga.

88 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

89 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

90 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.