

Sentencia T-494/17

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

El operador judicial contraviene directamente la Constitución por contradicción activa, por preferir una norma inconstitucional a la Constitución misma o por inaplicación de la norma superior. Para determinar si, en el presente asunto, las providencias judiciales controvertidas mediante la acción de tutela, incurrieron en violación directa de la Constitución, será necesario determinar si el IBL es un asunto sometido al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, lo que permitirá resolver, en el caso bajo estudio, si existió violación directa de la Constitución respecto de las providencias judiciales en cuestión.

DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL-Desarrollo legal, artículo 36 de la Ley 100 de 1993

MONTO E INGRESO BASE DE LIQUIDACION EN EL MARCO DEL REGIMEN DE TRANSICION-Precedente establecido en la sentencia C-258/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por incurrir en violación directa a la Constitución, al construir un argumento sobre las reglas de transición, según el

cual el concepto de monto incluye el ingreso base de liquidación (IBL)

La Corte estima que las providencias dictadas por el Tribunal Administrativo, vulneran los principios constitucionales de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y de solidaridad (artículo 1 de la Constitución), al construir un argumento sobre las reglas de transición, según el cual el concepto de monto incluye el ingreso base de liquidación (IBL), lo que les permite reconocer mesadas pensionales calculadas a partir del ingreso salarial percibido en el último año de servicios, pasando por alto que las personas que resultarían beneficiarias de dicha interpretación, se hacen acreedoras de pensiones en montos respecto de los cuales no existe financiación, ya que el pensionado, durante su vida laboral, no contribuyó con sus aportes para alcanzar dicho reconocimiento. De esta manera, se introduce un trato discriminatorio que carece de razón constitucionalmente válida y, al determinar que el financiamiento de dichas mesadas se realice mediante los aportes de los otros afiliados o con cargo al presupuesto público, se desbordan las cargas propias del principio constitucional de solidaridad.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que el precedente constitucional puede ser desconocido de cuatro formas: (i) al aplicar normas declaradas inexequibles en fallos de constitucionalidad; (ii) al aplicar disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado opuesto a la Constitución; (iii) al contrariar la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad; y (iv) al desconocer el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte en la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente jurisprudencial expuesto en las sentencias C-258/13, T- 078/13 y SU-230/15

Referencia: Expediente T-5.990.998

Acción de tutela interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP contra El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C y del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

LA DEMANDA DE TUTELA

1. 1. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a través de apoderado judicial presentó acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C y del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad de trato en la aplicación de la ley y acceso efectivo a la administración de justicia, presuntamente vulnerados, y con sustento en los siguientes:

B. HECHOS RELEVANTES

1. 1. La señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón de 66 años, laboró en la Universidad Pedagógica Nacional desde el 1º de septiembre de 1973 al 30 de diciembre de 1974 y del 7 de enero de 1975 al 30 de diciembre de 2008. El último cargo desempeñado fue el de docente.

2. Indicó la entidad accionante que mediante Resolución número 56849 de 11 de diciembre de 2007, la Caja Nacional de Previsión Social – CANAJAL – EICE, le reconoció a la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón una pensión de vejez por un valor de \$2,520.656,17 la cual estaría a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

3. Posteriormente, en marzo de 2010 la señora Agudelo Rincón, le solicitó a CAJANAL la reliquidación de la pensión de vejez, de modo que la entidad mediante Resolución 42539 de abril 12 de 2012 le resolvió reliquidar el monto de la pensión en \$2,957.708 aplicando el 76.30% sobre un Ingreso Base de Liquidación - IBL, conformado con el promedio de las rentas cotizadas entre el 1º de enero de 1999 y el 30 de diciembre de 2008. Decisión confirmada por la Resolución 058719 de noviembre 20 de 2012.

4. Con ocasión a lo anterior, la señora Agudelo Rincón decidió promover el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, al haber asumido la defensa judicial de CAJANAL y por considerar que la entidad le desconoció sus derechos al no liquidar su mesada pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

5. Al resolver la litis, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección -Segunda, Subsección C, mediante sentencia del 24 de septiembre de -2013, encontró no probadas las excepciones de mérito propuesta por la entidad demandada y declaró la nulidad parcial de las Resoluciones número 042539 del 12 de abril de 2012 y 058719 del 20 de noviembre del mismo año. Adicionalmente le ordenó a la UGPP reliquidar la pensión de vejez de la señora Agudelo Rincón de conformidad con la modificada por la Ley 62 del mismo año, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de todos los salarios devengados durante el último año de servicios, esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2008, incluyendo además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados ya contenidas en la liquidación pensional, los siguientes factores salariales como prima técnica, prima de servicios (1/12), prima de vacaciones (1/12) y prima de navidad (1/12) percibidos por la demandante a partir del 1 de enero de 2009 pero con efectos fiscales a partir del 23 de abril de 2010 por prescripción trienal.

6. La decisión fue apelada por la UGPP al indicar “que la nueva interpretación efectuada por

la Corte Constitucional, en la sentencia C-258 de 2013 sobre el ingreso base de liquidación contenido en la Ley 100 de 1993 no es un obiter dicta, como lo expuso el Tribunal, sino que es parte de la ratio decidendi de dicha sentencia, la cual tiene fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, dado que incide directamente en la decisión adoptada por la Corte Constitucional”.

Manifestó que la sentencia del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 no podría tener aplicación y extensión en el caso que nos ocupa, toda vez que la Corte Constitucional ya realizó el estudio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y específicamente en lo atinente al inciso 3 de la misma norma, el cual se constituye en interpretación constitucional sobre la materia y que aplica para todas las personas que se encuentran en el régimen de transición”.

Así mismo la Universidad Pedagógica en su recurso sostuvo el cobro de lo no debido “en razón a que la parte actora fundamenta sus pretensiones en una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda el 4 de agosto de 2010, fecha para la cual había culminado la relación laboral ente la demandante y la Universidad”.

7. La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de febrero de 2016, confirmó el fallo emitido en primera instancia. Al considerar que:

“...el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

El artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 del mismo año, enuncia los factores que se consideran salario para los fines de la cotización, es decir, el salario base para calcular las cotizaciones que mensualmente deben efectuar los servidores públicos al sistema de seguridad social en pensiones, o sea, el ingreso base de cotización (IBC). A diferencia del ingreso base de liquidación (IBL), que se conforma con el promedio de lo devengado en la forma prevista en las normas anteriores al primero de abril de 1994 que resulten aplicables al beneficiario del régimen de transición.

Bajo estos supuestos, debe decirse que el monto de la prestación pensional reconocida a la actora, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió ser liquidado de acuerdo con las previsiones del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, y no como lo hizo la CAJANAL, al tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994”.

8. 8. Bajo estos argumentos la UGPP pretendió por vía de tutela el amparo de los derechos fundamentales con la finalidad de que se deje sin valor y efecto los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C y del Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en razón a que contrarian lo dispuesto en la sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015. Así mismo solicitó se le ordene al Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda emitir una nueva decisión que desestime la pretensiones de la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón y en su lugar se ordene el pago de la pensión de vejez como fue reconocida en la Resolución No. UGM 042539 del 12 de abril de 2012, esto es, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

El Consejo de Estado – Subsección A de la Sección – Segunda, se opuso a las pretensiones de la demanda, al señalar el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en razón a la seguridad jurídica y el respeto por el debido proceso que se debe guardar dentro de las decisiones judiciales y que tan sólo comporta su admisión cuando se vislumbran vicios que la hacen ilegítima y que llegan a vulnerar derechos fundamentales. Refiere la evolución jurisprudencial para determinar cuáles son los defectos que pueden calificar una providencia como vía de hecho.

Respecto a la decisión emitida el 25 de febrero de 2016, consideró que esta providencia judicial debe mantener su validez, ya que no incurrió en un defecto sustantivo, por cuanto se fundó en las normas jurídicamente aplicables a la materia para ese evento. Estimó que dentro del fallo se efectuó un análisis específico sobre el régimen pensional aplicable al caso en particular. Frente al desconocimiento del precedente judicial indicó que ese proveído contuvo la argumentación ponderosa y razonable de los motivos que llevaron a la corporación a apartarse del criterio jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015.

En el trámite de la acción de tutela, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda -Subsección C, guardó silencio.

D. RESPUESTA DEL TERCERO INTERVINIENTE

1. 1. Rosa Ernestina Agudelo Rincón

La trabajadora intervino en el trámite de tutela y manifestó que el recurso extraordinario de

revisión es el medio idóneo para controvertir las providencias judiciales que reconocen sumas periódicas de dinero a cargo del tesoro público, de modo que el juez de tutela no puede desplazar al fallador natural del asunto, dado que la acción constitucional perdería el carácter subsidiario. Al abordar la controversia de fondo, consideró que las autoridades judiciales demandadas no desconocieron el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional de la sentencia SU-230 de 2015, dado que para la época en que se produjo la providencia reprochada, no se había proferido el mencionado precedente.

2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, invocados por la UGPP, toda vez que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, le reconoció a la señora Agudelo Rincón con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, “incluyendo dentro del concepto “monto” el ingreso base de liquidación, como lo ha interpretado el Consejo de Estado, e incluyendo la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio como en sentencia de unificación lo ha dispuesto la Sección Segunda del Consejo de Estado”, que consideró que desconoció, además, el precedente judicial establecido en la sentencia C-258 de 2013 e incurrió en un defecto sustantivo por interpretación indebida de la Ley 100 de 1993.

3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Pidió la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y el desconocimiento de los principios generales de la seguridad social, que los operadores judiciales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta desconocieron la interpretación que sobre el particular fijó la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015 en las que se delimitó el alcance del artículo 36 de

la Ley 100 de 1993, excluyendo el IBL de la transición y remitiendo al artículo 21 de la citada norma, para aplicar las reglas contenidas en el régimen general, con independencia del sistema especial al que pertenezca.

4. El Ministerio del Trabajo

Pretende la desvinculación de la acción de tutela por falta de legitimación por lo pasivo dado que la entidad no es el superior jerárquico de las UGPP, al ser aquella una entidad autónoma e independiente. Aclara la naturaleza jurídica del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, de modo que estas circunstancias demuestran que no tiene competencia para intervenir en las solicitudes elevadas por los afiliados o pensionados.

5. La Universidad Pedagógica Nacional

Arguye la necesidad de que se acojan las pretensiones de la acción de tutela y se protejan los derechos fundamentales desconocidos por los fallos judiciales dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de evitar un perjuicio irremediable indefinido y se ponga en riesgo la estabilidad financiera de esa universidad pública. Al abordar los defectos en particular refiere que la entidad efectuó aportes acorde a lo señalado en la Ley 100 de 1993, de manera que al obviar el precedente jurisprudencial establecido en las sentencias SU-230 de 2015 y C- 258 de 2013, en el que se recalcó que el IBL no hace parte del régimen de transición, implicaría la reliquidación de la pensión con el promedio devengado durante el último año de servicios, lo que se afectaría fiscal y presupuestalmente el patrimonio público.

E. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 13 de octubre de 2016.

Niega la solicitud de amparo constitucional, al considerar desproporcionada la aplicación de la providencia SU-230 de 2015, cuando la demanda de nulidad y restablecimiento se radicó con anterioridad a la fecha en que se profirió la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, de modo que el operador judicial respetó el precedente jurisprudencial aplicable al momento de radicación de la demanda, en el que claramente se indicó que para las personas que pertenecían al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debían aplicarles lo contenido en la Ley 33 de 1989, normativa que dispone que el IBL debía ser la sumatoria de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

Impugnación

1. 1. La UGPP presenta escrito de impugnación con la finalidad de que se revoque el fallo emitido en primera instancia. Reitera los argumentos expuestos en la demanda de tutela, frente al análisis del precedente jurisprudencial y el carácter vinculante del mismo.

2. La Universidad Pedagógica Nacional impugna la decisión al considerar que se incurre en dos errores: (i) por desconocer el carácter vinculante de las sentencias C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015, cuando señala que su interpretación “no es absoluta, pues no se puede desconocer la libertad de interpretación que rige la actividad judicial” y porque (ii) no existe un soporte legal, doctrinal o jurisprudencial que respalde el argumento expuesto, para admitir que resulte “desproporcionado aplicar el referido precedente a aquellas personas que radicarón la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con anterioridad a la fecha

en que se profirió la sentencia de unificación”.

Segunda instancia: Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 15 de diciembre de 2016.

El juez de segunda instancia revocó la decisión del a quo por desconocimiento de las reglas establecidas en la sentencia SU-230 de 2015. Amparó el derecho al debido proceso de la entidad accionante y en consecuencia le ordenó a la Sección Segunda del Consejo de Estado que en el término de diez (10) días profiriera una nueva decisión.

Señaló que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que se hizo extensiva en la SU-230 de 2015 al resto de los regímenes pensionales especiales, consiste en que el IBL no era un aspecto sujeto a la transición y, por tanto, existía sujeción sobre esa materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De modo que el criterio anteriormente expuesto constituía un precedente constitucional, que resultaba vinculante para la labor judicial de inmediata aplicación.

Refirió el fallo de tutela que no comparte el criterio expuesto por el juez de constitucional en primera instancia, en el que resulta desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU-230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, dado que la providencia emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2016 se produjo cuando el precedente constitucional era ya de obligatorio cumplimiento.

F. INSISTENCIA

La Procuraduría General de la Nación presentó escrito de insistencia solicitando la selección

de la tutela, al considerar que el punto de debate se centra en determinar si el ingreso base de liquidación está o no cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Explicó que en ese tema existe divergencia de criterios jurisprudenciales dado que para el Consejo de Estado a las personas a las cuales se les aplica el régimen de transición se le debe tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión, los factores salariales y el periodo previsto en el régimen anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 que por regla general era lo devengado en el último año de servicios (Ley 33 y 62 de 1985), mientras que para la Corte Constitucional el ingreso base de liquidación está por fuera del régimen de transición, por lo tanto, se debe tener en cuenta lo devengado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. De modo que se ha generado una controversia interpretativa frente a los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición lo que exige una unidad conceptual que dirija a los operadores judiciales, a fin de evitar trasgresiones al principio de igualdad y seguridad jurídica de las personas que consolidaron el derecho pensional.

. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

En virtud del Auto del 17 de abril de 2017, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y por reparto le correspondió al suscrito Magistrado sustanciador.

B. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN C Y POR EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN SEGUNDA.

1. 1. Condiciones de procedencia general de la acción de tutela

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, prosperará como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En este último evento, la protección se extenderá hasta que se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario. Por lo anterior, generalmente el juez constitucional tendrá la tarea de verificar que toda acción de tutela acredite cuatro requisitos: legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, inmediatez y subsidiariedad, para que el amparo sea considerado procedente y, sólo con posterioridad a este examen, podrá estudiar de fondo el asunto que está conociendo.

Sin embargo, la cuestión que ocupa la atención de la Sala busca la protección de unos derechos fundamentales presuntamente vulnerados por dos providencias judiciales, que son las decisiones que la accionante considera dieron origen a la trasgresión iusfundamental alegada. La anterior particularidad implica que el análisis de procedencia de la acción no puede agotarse con el estudio en detalle de los cuatro requisitos generales antes enunciados, ya que al pretender enfrentar una situación en que los jueces, ejerciendo su función de administrar justicia, pueden haber incurrido en graves falencias de relevancia constitucional,

de ahí que se torna en un instrumento realmente excepcional, que no debe ser confundido con una nueva instancia procesal para la discusión de temas de índole probatorio o de interpretación del derecho que dieron origen a un litigio, pero que por su condición realmente peculiar implica un análisis de procedencia mucho más minucioso, conforme a los parámetros señalados por la jurisprudencia de esta corporación.

2. Requisitos de procedencia y causales de prosperidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Puesto lo anterior de presente, la sentencia C-590 de 2005 estableció unas causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, las cuales deben ser acreditadas en todos los casos para que el asunto pueda ser examinado por el juez constitucional. Se trata de requisitos de procedibilidad de la acción constitucional contra fallos judiciales. De esta forma, el pronunciamiento referido señaló seis (6) exigencias de carácter general que habilitan la interposición de la demanda de tutela, en casos muy excepcionales de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, a través de elementos que debe cumplir el demandante. Al mismo tiempo, delimitó ocho (8) situaciones o causas específicas de procedibilidad, como formas de violación de un derecho fundamental por la expedición de una providencia judicial. Se trata de las causales o hipótesis de prosperidad de la acción de tutela contra un fallo judicial. Esto quiere decir que para que la demanda de constitucionalidad con este tipo de pretensiones prospere deberá ser procedente y probar al menos una de las causales de prosperidad.

Según la última sentencia de constitucionalidad citada, los requisitos generales o de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes: “a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, 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” (...) “b. Que se hayan agotado todos los medios -

ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos” (...) “c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración” (...) “d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora” (...) “e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible”(…), y por último, “f. Que no se trate de sentencias de tutela...”.

Para un mayor entendimiento a lo que implican estas causales debe precisarse, aunque sea sumariamente, el contenido de cada una de ellas, para estudiar la procedencia de la acción de tutela interpuesta por la UGPP.

i. i. Que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa, ordinarios y extraordinarios, es decir que se encuentre acreditado el requisito de subsidiariedad según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, que establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección para los derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

En este caso se cumple con el carácter subsidiario de la acción de tutela dado que la entidad accionada dentro del trámite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, agotó los recursos ordinarios, sin obtener la prosperidad de sus excepciones. Respecto al recurso extraordinario de revisión, la Corte Constitucional ha establecido por regla general el agotamiento de este recurso para admitir la procedencia de la acción de tutela. No obstante, dicho precepto no resulta ser absoluto, cuando se observa una indebida interpretación del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual deriva en un abuso del derecho. En este sentido, la sentencia de unificación SU-427 de 2016 admitió la procedencia de la acción constitucional cuando se “avizora que la afectación del erario (...) con ocasión de una prestación evidentemente reconocida con abuso del derecho (que) tiene la vocación de generar un perjuicio irremediable a las finanzas del Estado, las cuales se utilizan para garantizar, entre otros, el derecho a la seguridad social de los colombianos” (negritas agregadas). De la jurisprudencia anterior, resulta entonces necesario, para poder obviar el agotamiento del mecanismo de revisión, reunir dos requisitos: (i) que la prestación económica reconocida pueda ser calificada como un abuso del derecho y que, como consecuencia de ello, se genere un (ii) perjuicio irremediable para el patrimonio público.

En el asunto bajo examen, a pesar de que la UGPP no ejerció el recurso extraordinario de revisión, se cumplen los dos requisitos para declarar la procedencia excepcional de la acción de tutela. En efecto, al analizar el fallo de primera instancia, no se encuentra motivo alguno que sustente la interpretación dada al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en el fallo de segunda instancia emitido el 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que confirmó la decisión del a quo, se concluyó que: “el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección”. Esta interpretación resulta no sólo contraria al tenor literal de la norma interpretada, sino abiertamente opuesta a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, vigentes para la época de la adopción de la decisión y obligatorias para los operadores jurídicos. Así, la sentencia de unificación referida explicó que: “... el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación”. De tal suerte que de forma manifiesta el operador judicial interpretó erróneamente lo expuesto por esta corporación, desbordando la autonomía judicial.

Como consecuencia del abuso del derecho evidenciado, es necesario tener en cuenta que se impuso el pago de prestaciones económicas a cargo del erario cuya ejecución afecta el patrimonio público. De esta manera, la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para evitar la configuración de un perjuicio irremediable que afecte directamente las finanzas del Estado. A esta conclusión se llega en el presente asunto, si se tiene en cuenta la repercusión que traería el hecho de revocar la sentencia de tutela revisada para declararla improcedente y exigir que la UGPP ejerza el recurso extraordinario de revisión: En este evento, tendría que expedirse un nuevo acto administrativo que reconozca a la señora Agudelo Rincón una mesada pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, hasta tanto se cumpla el trámite del recurso, o se acuda nuevamente, por vía de tutela al juez constitucional, época para la cual ya se habrían pagado importantes mesadas que, si bien no resultan tan cuantiosos los incrementos como en otros casos analizados por esta Corte, es evidente que afectan notoriamente las finanzas del Estado, dado que estos dineros que se giren a la beneficiaria durante todo este tiempo resultarían irrecuperables, puesto que se adquieren bajo un justo título en aplicación al principio de buena fe, contenido en los artículos 58 y 83 de la Constitución Política.

La suma de las circunstancias anteriormente expuestas, hacen procedente la acción constitucional, en cuanto al requisito de subsidiariedad, a pesar de que la UGPP hubiera podido acudir al recurso previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, puesto que es evidente un abuso del derecho, como anteriormente se señaló, en razón de la interpretación errónea sobre la aplicación del IBL y, además, se corre el riesgo de afectar irremediabilmente las finanzas públicas.

La Sala verifica el cumplimiento del principio de inmediatez, al presentarse la demanda de tutela el 26 de abril de 2016, siendo un término razonable y oportuno, inferior a seis meses desde la época en que se produjo el fallo de segunda instancia 25 de febrero de ese mismo

año, decisión judicial mediante la cual se ordenó liquidar el monto de la mesada pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

. Si se está alegando en la tutela que la providencia sobrelleva una irregularidad procesal, debe explicar o argumentar por qué tiene un impacto en el sentido de la decisión por tener un efecto decisivo o determinante en la providencia. De ahí que, la acción de tutela solamente será procedente cuando haya una vulneración sustancial al debido proceso, es decir, cuando haya un yerro procesal trascendente.

En el asunto sub examine, la entidad accionada no alega un defecto procedimental, se encuentra en desacuerdo con el análisis de la demanda, la Sala concluye que explicó con suficiencia por qué, el vicio es sustancial, es decir, el argumento que tendría incidencia en la resolución del asunto y/o afectación de los derechos fundamentales invocados, particularmente exponiendo cómo las providencias adoptadas por los jueces laborales habrían desconocido el precedente de la Corte Constitucional en el asunto que es de su interés directo. Particularmente, expone cómo no fue tomada en cuenta la sentencia T-564 de 2015, en la que la Corte revisó un caso que considera muy similar al suyo y, en dicha oportunidad, sí procedió a darle aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 y reconocer la prestación solicitada.

. La parte accionante debe identificar los hechos que generarían el daño, los derechos fundamentales que le fueron vulnerados, e igualmente debe demostrar que los alegó en sede de instancia, como por ejemplo, en la impugnación del primer fallo. Se trata de unas cargas explicativas mínimas, a pesar de que la tutela es una acción informal, que pretenden que se evidencie la transgresión de los derechos fundamentales con suficiente claridad. En este aspecto, resulta de vital importancia identificar la causal, o las causales de procedibilidad especial o de prosperidad de la acción constitucional contra la providencia judicial que se ha configurado para que sea procedente el mecanismo extraordinario contra una decisión judicial.

En el mismo sentido, observa la Sala que la UGPP cumplió con las cargas argumentativas y explicativas necesarias para poder pronunciarse de fondo en un asunto como el que es objeto de revisión ya que: i) se identificaron los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (al debido proceso, a la igualdad de trato en la aplicación de la ley y al acceso efectivo a la administración de justicia), ii) se precisaron los hechos que a su juicio generaron la vulneración (la negativa jurisdiccional de reliquidar la pensión de vejez con el promedio del salario devengado en los últimos diez (10) años) y, iii) alegaron que las providencias adoptadas por los jueces en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desconocieron el precedente de la Corte Constitucional en el asunto que es de su interés directo, particularmente cómo no fueron tenidas en cuenta las sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015.

. Se requiere además que la decisión judicial accionada no sea un fallo de tutela, en otras palabras, que no se trate de un escenario de tutela contra tutela, ni de una decisión resultante del control abstracto de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional. Lo anterior, de acuerdo con la sentencia SU-1219 de 2001, en la que se estableció la improcedencia general de este tipo de acciones.

En este sentido, ninguna de las providencias bajo revisión son fallos de tutela, ni son proferidas en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad. Las decisiones judiciales atacadas mediante la acción de tutela objeto de revisión son sentencias emitidas en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

. Que el asunto revista de relevancia constitucional. Esto se explica debido al carácter subsidiario de la acción de tutela, logrando así establecer objetivamente qué temas competen al juez constitucional, y cuáles son del conocimiento de la justicia ordinaria, ya que

el primero solamente conocerá demandas de dimensión de derechos fundamentales; de lo contrario podría estar arrebatando competencias legales que no le corresponden. Así mismo, resulta inminente que los argumentos contra la providencia tutelada se construyan en términos de protección esencial. Este requisito sólo es posible erigir luego de verificar el cumplimiento de los anteriores, teniendo en cuenta que únicamente después del examen de los hechos y los motivos expuestos es que resulta lógicamente posible concluir si el asunto es una discusión jurídica constitucional o infraconstitucional.

En el caso bajo estudio se concluye que el tema propuesto reviste de relevancia constitucional, dado que la cuestión en estudio gira alrededor de la vigencia del precedente constitucional señalado en la providencia SU-230 de 2015. Se erige en la aplicación de una sentencia unificada emitida por el Consejo de Estado en la que estableció el IBL para pensiones de vejez de acuerdo con lo devengado en el promedio del último año de servicios, postura revocada por vía de tutela con el fallo emitido por la Sección Quinta del Consejo de Estado y que es objeto de revisión por esta Corte.

. Finalmente, debe agregarse que en el asunto objeto de revisión existe legitimación en la causa, ya que la UGPP fue parte del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el que se adoptaron las decisiones judiciales controvertidas mediante el amparo constitucional.

Así las cosas, encuentra la Sala que la acción de tutela interpuesta por la UGPP en contra de dos providencias judiciales es procedente al verificarse el cumplimiento de los requisitos expuestos.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I anterior de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Incurrieron el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda -Subsección C y el Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en violación directa a la Constitución y en desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, al adoptar sendas decisiones en las que se tuvo como Ingreso Base de Liquidación, IBL, el promedio del salario devengado por el trabajador en el último año de servicios?

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado por la Sala, se analizará por una parte, la posible violación directa de la Constitución y, por otra parte, el posible desconocimiento de los precedentes constitucionales en materia de IBL

En virtud de la supremacía constitucional prevista en el artículo 4º de la Constitución Política, tanto los particulares como las autoridades públicas se someten al imperio de la Constitución, la que se compone no solamente por reglas constitucionales, sino también por valores y principios constitucionales cuya eficacia no depende de desarrollos legislativos. Este lugar otorgado a la Constitución dentro del sistema de fuentes del derecho se predica de los diferentes actos jurídicos normativos, dentro de los que se incluyen las providencias judiciales.

En razón de lo anterior, cuando el operador judicial deja de aplicar una norma de rango constitucional, la contraviene en sus efectos o la usa de manera inadecuada, tal vicio de la providencia judicial se erige como una causal autónoma para que la acción de tutela garantice la supremacía constitucional, respecto de las decisiones del operador judicial. El vicio de violación directa de la Constitución, se fundamenta entonces también en el efecto

directo de la norma superior, previsto en el artículo 85 de la Constitución.

Jurisprudencialmente se ha identificado que la providencia judicial incurre en esta causal cuando: “(i) el juez da un alcance a una disposición normativa que contradice abiertamente un precepto constitucional, (ii) cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso, o (iii) cuando no existiendo precepto legal directamente aplicable a la situación, deja de acudir directamente a las normas constitucionales”. En otras palabras, el operador judicial contraviene directamente la Constitución por contradicción activa, por preferir una norma inconstitucional a la Constitución misma o por inaplicación de la norma superior. Para determinar si, en el presente asunto, las providencias judiciales controvertidas mediante la acción de tutela, incurrieron en violación directa de la Constitución, será necesario determinar si el IBL es un asunto sometido al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, lo que permitirá resolver, en el caso bajo estudio, si existió violación directa de la Constitución respecto de las providencias judiciales en cuestión.

1. El ingreso base de liquidación – IBL- en el régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El problema jurídico aquí planteado apunta a determinar si el ingreso base de liquidación fue un tema incluido en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el propósito de reconocer mesadas pensionales conforme con los requisitos previstos en los regímenes anteriores a la mencionada ley, a fin de liquidarlas con el promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios o si por el contrario éste no fue un objeto del régimen de transición y, por lo tanto, la liquidación debe efectuarse con 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.

En principio, cabe recordar que de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley que se convertiría en Ley 100 de 1993, se mostró la necesidad de crear un nuevo sistema pensional, con el objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana y mediante la protección de las contingencias que la afecten. Uno de los objetivos principales del sistema que se instauraría, era el de prever condiciones uniformes para el acceso a dichas garantías, lo que implicaba superar las diferencias que habían sido creadas por una importante cantidad de fuentes (legales, administrativas y convencionales), que habían creado, en distintos niveles y en diferentes épocas, regímenes especiales en materia pensional. La intención del legislador fue entonces, la de crear un sistema general y uniforme de seguridad social, amparado en los artículos 48, 49, 50, 53 y 365 de la Constitución Política donde se reconoce a la seguridad social como un servicio público y, a su vez, como un derecho constitucional. En este sentido, pretendió el legislador materializar, a través del Sistema General de Seguridad Social, el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución).

No obstante, reconoció el legislador la importancia de las legítimas expectativas creadas respecto de quienes resultaban beneficiarios de dichos regímenes especiales anteriores, en principio más benéficos que el que se instauraría con la Ley 100 de 1993; razón por la cual se previó un sistema o régimen de transición que permite que quienes, al momento de producirse el cambio normativo se hallaban más o menos próximos a consolidar sus derechos pensionales, les siguieran siendo aplicables las condiciones del régimen anterior, ahora derogado.

En concreto, el inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 reafirmó que la edad para obtener la pensión de vejez de era de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, y la aumentó, a partir del año 2014, en 57 y 62 años respectivamente.

Por su parte el inciso 2º de la misma norma, contempló que: “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 treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (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.” (negrillas y subrayas agregadas) .

La anterior disposición normativa previó los elementos que constituyen la esencia del régimen de transición respecto de aquellas personas que, a la entrada en vigencia de dicha ley, es decir, el 1º de abril de 1994, cumplían con ciertos criterios para acceder a la pensión de vejez, de modo que aquellas mujeres que contarán con 35 o más años, o para aquellos hombres que tuvieran 40 o más años, o 15 o más años de servicios cotizados, les eran aplicables algunos componentes de las normas del régimen anterior.

En esta medida, para obtener la pensión de vejez, se mantenían específicamente tres aspectos del sistema preliminar, como lo era: (i) la edad, (ii) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y (iii) el monto de la pensión o la tasa de reemplazo. Aclaró la Ley 100 de 1993, que los demás requisitos y condiciones que les eran aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regían por las disposiciones contenidas en dicha ley, es decir, que no se encontraban cubiertas por el régimen de transición.

De esta manera se admitió la posibilidad de un trato diferente a la luz del principio constitucional de igualdad, al haber dispuesto que cierto grupo de personas se beneficiarían de las ventajas que otorgaban los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 y en razón de ello se respetaría lo relativo a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de acuerdo con lo previsto en las normas antepuestas. El ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido al régimen de transición ya que la expresión “monto” , señalada en el inciso segundo, hace alusión al porcentaje que se le debe aplicar al IBL, y no al valor mismo de la pensión, de modo que para liquidar las pensiones, se debía acudir al artículo 21 de la

misma ley, es decir, que el cálculo se efectúa con 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” (negritas agregadas). Buscó así el legislador conciliar el mandato de igualdad, con la protección constitucional de las expectativas legítimas y, por consiguiente, algunos aspectos del régimen anterior fueron incluidos en la transición hacia el nuevo sistema, mientras que otros se regirían por el Sistema General que desarrolla la igualdad y se funda en la necesaria sostenibilidad financiera del sistema.

Prueba de la intención del legislador de no incluir el IBL en la transición se encuentra en el hecho de que para las personas referidas en el numeral segundo se señaló expresamente respecto del ingreso base de liquidación que si 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”. Esta previsión del legislador confirma entonces que no fue su intención la de permitir que el cálculo de la base para liquidar las pensiones se realizara por fuera de la disposición con efecto general inmediato según la cual las mesadas pensionales se liquidan con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años de servicios, o para aquellas personas que se encuentran beneficiadas por el régimen de transición por el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión, si éste fuere menor o el promedio de todo el tiempo laborado, si al momento de la vigencia de la Ley 100, el tiempo el tiempo restante fuera mayor a los 10 años. Así las cosas, el legislador no dispuso que el IBL se calcularía a partir de las disposiciones derogadas, sino conforme a la Ley 100 de 1993.

Lo anterior es una disposición legislativa que no desconoce derechos adquiridos ni defrauda expectativas legítimas y parte de diferenciar estas dos categorías del derecho adquirido, ya

que este último “incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege”.

En línea con los principios constitucionales de igualdad y de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, esta Corte se pronunció a través de la sentencia C-258 de 2013 respecto de la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en donde el Legislador dispuso una regla especial en materia de IBL. Al respecto, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, al considerar entre otros aspectos que:

“(…)

1. %1.%2.%3.%4.1. La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.

3.1.1.1.2. De otro lado, tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad. En efecto, el cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema. El caso extremo es el de las pensiones basadas en el ingreso mensual promedio de un periodo muy breve en comparación con toda la vida laboral del beneficiario.

3.1.1.1.3. Por último, de conformidad con lo antes expuesto, la transferencia de recursos a la que la regla de Ingreso Base de Liquidación conduce, también impone un sacrificio claramente desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social” (negrillas y subrayado fuera de texto).

Concluyó entonces la Corte que permitir reconocimientos pensionales a partir de fórmulas o parámetros que no guarden proporción entre los aportes realizados y el reconocimiento pensional a realizar, contraría no sólo el principio constitucional de igualdad, al no existir una razón constitucionalmente válida para este trato privilegiado, sino también el principio constitucional de solidaridad, ya que en pro de la sostenibilidad del sistema, conduce a que el financiamiento de dichas prestaciones resulte de los aportes de otros usuarios del sistema o de fondos públicos. En este sentido precisó la Corte Constitucional que el reconocimientos pensional que no resulta de los aportes efectivamente realizados, “resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de

Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio”.

Resulta entonces de los principios constitucionales en mención que las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de reconocimientos pensionales, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso 3º, de la Ley 100 de 1993, y como factores de liquidación de la pensión sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario y que tengan carácter remunerativo del servicio, sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema.

2. La violación directa de la constitución por las providencias bajo examen

En el caso bajo estudio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 24 de septiembre de 2013, al no encontrar probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada y por la Universidad Pedagógica Nacional, declaró la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. UGM 042539 del 12 de abril de 2012 y UGM 058719 del 20 de noviembre del mismo año, “por medio de las cuales la Caja Nacional de Previsión Social, reliquidó la pensión de jubilación de la actora”(…) “sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a la Ley 33 de 1985”. Así mismo, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación.

Por su parte, la Sección Segunda – Subsección C del Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo en el fallo del 25 de febrero de 2016 confirmó la posición del a quo al considerar que:

“...debe decirse que el monto de la prestación pensional reconocida a la actora, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió ser liquidado de acuerdo con las previsiones del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, y no como lo hizo la CAJANAL, al tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

En otras palabras, tal y como lo estimó el Tribunal, la señora Agudelo Rincón tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación que viene percibiendo conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, reiterando la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio”.

(...)

“Aunado a lo anterior, y como ya se expuso en esta providencia, las interpretaciones del Consejo de Estado han sido uniformes desde hace 20 años respecto al concepto de “monto”, entendiendo que “monto” e “ingreso base de liquidación” conforman una unidad conceptual, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes al escindir el monto del ingreso base de liquidación, determinándose el monto con la normatividad aplicable antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el ingreso base con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

(...)

“...de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992...” (Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, la Corte estima que las providencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda – Subsección C del Consejo de Estado, vulneran los principios constitucionales de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y de solidaridad (artículo 1 de la Constitución), al construir un argumento sobre las reglas de transición, según el cual el concepto de monto incluye el ingreso base de liquidación (IBL), lo que les permite reconocer mesadas pensionales calculadas a partir del ingreso salarial percibido en el último año de servicios, pasando por alto que las personas que resultarían beneficiarias de dicha interpretación, se hacen acreedoras de pensiones en montos respecto de los cuales no existe financiación, ya que el pensionado, durante su vida laboral, no contribuyó con sus aportes para alcanzar dicho reconocimiento. De esta manera, se introduce un trato discriminatorio que carece de razón constitucionalmente válida y, al determinar que el financiamiento de dichas mesadas se realice mediante los aportes de los otros afiliados o con cargo al presupuesto público, se desbordan las cargas propias del principio constitucional de solidaridad.

Debe resaltarse que el inciso sexto del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 señaló que “el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión”, así mismo el inciso sexto del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política dispone que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, todo bajo la responsabilidad que recae en el Estado de garantizar “los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos

adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo”.

De modo que resulta desproporcionado y contrario a la Constitución que mientras a un grupo de personas se les pensiona de acuerdo a las cotizaciones efectuadas realmente durante su historia laboral y se les liquida con el ingreso base de liquidación (IBL) dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, 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; para otro colectivo se les liquida con lo devengado en el último año de servicios al dar aplicación a los regímenes anteriores, cuando el querer del legislador fue el de eliminar las prerrogativas dadas con los regímenes anteriores a fin de unificar el Sistema General de Seguridad Social, luego no resulta admisible que a pesar de los esfuerzos dados en la Ley 100 de 1993 y en acto legislativo 01 de 2005 se continúe con el pago de pensiones no financiadas, calculadas a partir de sumas realmente no cotizadas. Igualmente se afecta el principio de sostenibilidad financiera al imponerle al Estado la obligación de pagar subsidios elevados o en su defecto afectar las subcuentas del resto de afiliados, porque las cotizaciones y los recursos propios no son suficientes para pagar la pensión de vejez sobre la cual se cotizó.

Bajo la perspectiva expuesta es claro que los operadores judiciales incurrieron en una violación directa a la Constitución al construir argumentos sobre las reglas de transición y establecer criterios de interpretación distintos a los definidos en la ley, que alteran o atentan contra los principios de igualdad y sostenibilidad financiera del sistema pensional.

E. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO VICIO DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

Respecto del precedente, la Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que “la

sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Pretende el respeto de los precedentes y “(i) asegurar la igual aplicación de las normas jurídicas; (ii) una exigencia del principio de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas-; (iii) garantizar el carácter normativo de la Constitución y de la efectividad de los derechos fundamentales; y (iv) promover la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico”.

Así mismo desde el punto de vista de la autoridad que profiera la decisión, se ha establecido la existencia de dos clases de precedentes: el horizontal y el vertical. El primero se refiere a aquellas providencias emitidas por el mismo juez, individualmente considerado, o por la corporación, es decir, por una autoridad colectiva. El respeto del precedente horizontal implica que él mismo no pueda caprichosamente separarse de sus propios argumentos o de aquellos que son *ratio decidendi* de las decisiones del órgano colegiado al que pertenece. Por el contrario, el precedente vertical es aquel fijado por un juez o corporación superior. Su respeto se funda, entre otras razones, en los principios de seguridad jurídica e igualdad, así como en las funciones propias de unificación de los máximos órganos de cada jurisdicción, previstas como rol constitucional para la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

*

En esta medida, se les ha impuesto a las autoridades judiciales al momento de interpretar la ley, el deber de: (i) acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, de lo contencioso administrativo o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o (ii) reiterar, en principio, sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia.

* En la sentencia T-830 de 2012 se estableció que el precedente no sólo resultaba ser orientador, sino obligatorio para los operadores judiciales por las siguientes razones:

*

* “(...)

La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

(...)

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe

hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y “exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante” (negrilla original del texto).

Sobre este aspecto, cabe recalcar que cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto en particular, el juez debe aplicar “la subregla sentada por ellas de modo que en este evento la autonomía judicial no puede resultar absoluta cuando se enfrenta a un criterio de unificación”, dado que las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe.

Como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía e independencia judicial se encuentra modulado por el deber de respetar los precedentes, lo que determina las siguientes reglas: (i) toda interpretación de la ley contraria a la Constitución debe ser descartada; (ii) frente a dos interpretaciones posibles de una norma, el juez debe aplicar aquella que se ajuste a los mandatos superiores; y (iii) ante dos interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez goza de autonomía relativa para aplicar aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto, bajo el respeto de los precedentes verticales y horizontales.

* Igualmente, la autonomía de los jueces para interpretar la ley tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados. En último término, “se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos

en la Carta, de acuerdo con los criterios “pro-libertatis” y “pro-homine”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano” .

* Así las cosas, bajo esta perspectiva queda establecida la importancia y el carácter vinculante del precedente para las autoridades judiciales, así como el deber de seguirlo en las decisiones que emita y en la medida en que decida apartarse de él, bajo el principio de autonomía e independencia judicial, le incumbe dentro de la motivación del fallo, (i) poner de presente el apartamiento que se va a realizar (carga de transparencia) y (ii) argumentar suficientemente las razones que lo llevan a su inaplicación, (carga de argumentación) expresando desde luego una justificación con transparencia, prudencia, justicia y equidad que rijan para el caso.

*

1. Recuento jurisprudencial frente al ingreso base de liquidación – IBL, para pensiones de vejez en la jurisprudencia de la corte constitucional

Como quedó establecido en el acápite anterior, en la sentencia C-258 de 2013 la Sala Plena de la Corte Constitucional, declaró inexecutable de manera parcial el art. 17 de la Ley 4º de 1992. Estableció que el IBL no integra el régimen de transición de manera que las reglas aplicables para liquidar el monto de la pensión son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, de modo que es obligatorio promediar lo devengado en los últimos 10 años.

Señaló en esa oportunidad esta corporación:

“La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista

originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.

De otro lado, tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad. En efecto, el cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema. El caso extremo es el de las pensiones basadas en el ingreso mensual promedio de un periodo muy breve en comparación con toda la vida laboral del beneficiario.

Por último, de conformidad con lo antes expuesto, la transferencia de recursos a la que la regla de Ingreso Base de Liquidación conduce, también impone un sacrificio claramente desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.”.

En la sentencia T-078 de 2013, la Sala Segunda de Revisión, al estudiar un caso similar sobre el IBL, indicó lo siguiente:

“Así las cosas, considera la Sala que no se vulneraron los derechos fundamentales del accionante porque, en primer lugar, Caprecom aplicó la convención colectiva de Telecom atendiendo al principio de favorabilidad para el reconocimiento de la pensión, permitiéndole al afiliado disfrutar de su mesada pensional de manera anticipada, lo cual no hubiese sido posible con las demás condiciones exigidas por los regímenes anteriores; en segundo lugar, porque la entidad accionada calculó el ingreso base de liquidación de acuerdo con el artículo 27 de la convención colectiva, que como quedó explicado con anterioridad, en últimas es semejante a la regla contenida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100/93, dado que calcula el IBL con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para reunir los requisitos para adquirir el derecho pensional, que en el caso del actor, serían los 25 años de servicio. De esta manera, se respetó el régimen de transición, como también los requisitos exigidos por la convención, sin desconocer de forma alguna que, el monto de la pensión debe ser fijado por el régimen anterior, mientras que el ingreso base de liquidación deber ser fijado por el inciso 3° del artículo 36 de la ley referida.

5.5.1. En ese orden de ideas, estima esta Sala de Revisión que no se estructuró el defecto sustantivo alegado, por cuanto, la decisión de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- adoptada dentro del proceso laboral promovido por el actor en contra de Caprecom, no es contraria a la interpretación fijada por la jurisprudencia constitucional en lo relacionado con la norma que se debe tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, pues el alto tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral reconoció que los requisitos de edad, cotizaciones y monto de la pensión se deben regir por la norma especial que estaba vigente a la entrada en vigencia del régimen de transición, en tanto, el ingreso base de liquidación será el determinado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93.

Por estas razones, considera la Sala que no encuentra sustento la vulneración alegada por el actor, razón por la cual, será confirmada la sentencia de tutela de segunda instancia del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, del 26 de junio de 2013,

que confirmó la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá –Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, del 1 de noviembre de 2012, que negó el amparo deprecado por el actor.”.

Finalmente, en la sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional al estudiar un caso similar en la justicia ordinaria estableció que:

“(…)

Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

En lo relativo a los intereses moratorios, esta Sala observa que no es una petición procedente por cuanto, sólo después de determinarse de manera definitiva la obligación de pagar una pensión, podrá fundamentarse que la entidad demandada incurrió en mora de otorgar la prestación. En otras palabras, en la medida en que la prestación y su monto estaban en litigio hasta la presente providencia, no puede declararse la mora de la obligación,” (negritas fuera de texto).

Como se puede ver, la jurisprudencia constante y unificada de la Corte Constitucional determina que al dar aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe de comprender que el IBL no fue un aspecto sometido a transición dentro del Sistema de Seguridad Social, de manera que las mesadas pensionales deben liquidarse con el promedio del salario devengado en los últimos diez (10) años de servicios, salvo las reglas especiales respecto de quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 les faltare menos o más de ese término.

2. El desconocimiento del precedente establecido en la sentencia SU-230 de 2015, por las providencias bajo examen

La UGPP interpuso acción de tutela en contra sendas sentencias emitidas en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el 24 de septiembre de 2013 por la Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el 25 de febrero de 2016, sentencia proferida por la Subsección C, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, por considerar que dichas providencias vulneraban sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de trato en la aplicación de la ley y al acceso efectivo a la administración de justicia, al desconocer el precedente constitucional fijado en las sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015.

El fallo emitido el 25 de febrero de 2016 por el Consejo de Estado- Sección Segunda, confirmó lo expuesto en primera instancia bajo los siguientes argumentos:

“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el

promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.

En efecto, la sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, dispuso que en las pensiones cobijadas por el régimen pensional de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución.

Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye “precedente” para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público. En efecto, señaló expresamente la sentencia C-258 de 2013 sobre el particular:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de la profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.” (subrayas originales de la sentencia).

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

Frente a la solicitud de amparo y en sede de tutela, si bien el fallador de primer grado negó la acción constitucional, la Sección Quinta del Consejo de Estado, al resolver la impugnación del fallo en la sentencia del 15 de diciembre de 2016, reiteró el argumento expuesto en la

providencia C-258 de 2013 respecto a la interpretación de exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición.

Explicó que “(...) a partir de la SU-230 de 2015 corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independiente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 4.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258-13, también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción, no cumplió con lo dispuesto en la referida sentencia SU,”(negritas originales). De esta manera, el fallo de tutela revisado resalta la obligatoriedad para todas las autoridades judiciales y administrativas, a partir de la publicación de la sentencia SU-230 de 2015, de aplicar el precedente constitucional, de modo que no era admisible, en ese momento, señalar que en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se proferiera la citada decisión, se desconociera la regla establecida por la alta Corte.

Así mismo la Sección Quinta del Consejo de Estado, recalcó frente al fallo de tutela en primera instancia lo siguiente:

“(…)

En el sentido descrito, el precedente de la Corte Constitucional es de inmediata aplicación, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

En observancia de lo anterior, concluye la Sala que la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto

el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado,” (negritas originales).

En este sentido, la Sala de Revisión comparte el argumento expuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuando dentro del fallo de tutela amparó el derecho fundamental de la UGPP al debido proceso y dio aplicación al precedente constitucional establecido en la sentencia SU-230 de 2015.

A esta conclusión se llegó al analizar el sentido en que la Corte Constitucional emitió la sentencia SU-230 de 2015 y es precisamente la de reiterar los argumentos expuestos en la providencia C-258 del 7 de mayo de 2013, mediante la cual se declaró “inexequible las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo”. De manera que resultaba necesario para los operadores judiciales que profirieron las decisiones de primera y segunda instancia, dar aplicación de lo dispuesto por la Corte Constitucional para la época en que se emitieron los fallos en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que la decisión unificada de 2015 presenta una fuerza obligatoria que redundaba en una fuente del derecho vinculante.

Debe resaltarse que la función constitucional atribuida a la Corte Constitucional presenta su fundamento básico en el principio de supremacía constitucional, así como en la necesidad de otorgar seguridad jurídica a las partes que acuden a la administración de justicia y a las autoridades judiciales y administrativas, de manera que le asiste plena razón al fallador de segunda instancia en su decisión de proteger los derechos fundamentales de la entidad accionada. Así, la sentencia de la Sección Quinta procura otorgar seguridad jurídica a las partes dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así, al haber encontrado la Sala que las decisiones proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho desconocieron el precedente jurisprudencial expuesto en las sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015, resulta acertada la protección constitucional proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dado que revocó el fallo de primera instancia y le ordenó a la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el término de diez (10) días, proferir una nueva decisión unificada para que acogiera el criterio expuesto en los precedentes constitucionales.

Estos argumentos son suficientes para confirmar el fallo de tutela proferido el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

F. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a través de su representante legal y apoderado, instauró acción de tutela en contra de las sentencias proferidas en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C y por el Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con el propósito de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad de trato en la aplicación de la ley y acceso efectivo a la administración de justicia, por considerar que las providencias cuestionadas incurrieron en desconocimiento del precedente jurisprudencial contenido en las sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015, emitidas por la Corte Constitucional. Las pretensiones de la demanda se encaminaron a que se le ordenará al Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda emitir una nueva decisión que desestimara las pretensiones de la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón a fin de ordenar el pago de la

pensión de vejez como el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la señora Agudelo Rincón, durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, esto es, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda al centrar su estudio en el desconocimiento de precedente jurisprudencial y al encontrar desproporcionada la aplicación de la providencia SU-230 de 2015, cuando la demanda de nulidad y restablecimiento se radicó con anterioridad a la fecha en que se profirió la sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Tras presentar escrito de impugnación la UGPP y la Universidad Pedagógica, el fallador de segunda instancia revocó la decisión emitida por desconocimiento de las reglas establecidas en la sentencia SU-230 de 2015. Amparó el derecho al debido proceso de la entidad accionante y, en consecuencia, le ordenó a la Sección Segunda del Consejo de Estado que en el término de diez (10) días profiriera una nueva decisión. En sede de revisión la Corte Constitucional asumió la competencia para conocer del asunto y analizó conforme el escrito de demanda, si las providencias judiciales en cuestión incurrieron en una violación directa a la constitución y si existió un desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional.

A fin de resolver el problema jurídico planteado por la Sala, se estudiaron varios temas como fue (i) la vulneración directa a la constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, (ii) el ingreso base de Liquidación - IBL en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (iii) la violación directa de la constitución por las providencias bajo examen, (iv) el desconocimiento del precedente constitucional como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, (iii) los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional frente al IBL para pensiones de vejez y, finalmente, se examinará (iv) el desconocimiento en el que incurrieron las providencias judiciales controvertidas, respecto de la SU-230 de 2015.

Se concluyó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección

C y del Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda dentro el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, incurrieron en una violación directa a la Constitución al contrariar los principios constitucionales de igualdad y de solidaridad, al tiempo que se afectó la sostenibilidad financiera del sistema y en un desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, al adoptar sendas decisiones en donde ordenaron reliquidación la pensión de vejez de la señora Agudelo Rincón de conformidad con la Ley 33 de 1962, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de todos los salarios devengados durante el último año de servicios, esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2008, dando una aplicación contraria a lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, dado que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido al régimen de transición y no puede confundirse con la expresión “monto” señalada en el inciso segundo de la misma norma. Preciso la Corte Constitucional que no se debe entender la expresión monto como el valor de la pensión, sino como referida al porcentaje que se le debe aplicar al IBL, por lo que, para liquidar las pensiones se debía acudir al artículo 21 de la misma ley, es decir, que el cálculo se efectuá con 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.” Argumentos bajo los cuales se confirmó la decisión emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado que amparó el derecho al debido proceso de la entidad accionante.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

A LA SENTENCIA T-494/17

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debió declarar improcedencia por cuanto no se acreditó abuso palmario del derecho (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debió declarar improcedencia por cuanto la UGPP contaba con el recurso de revisión para controvertir la decisión judicial que

ordenó la liquidación pensional (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-5.990.998.

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

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Tercera de Revisión, en sesión del 3 de agosto de 2017.

1. La providencia de la que me aparto estudió la tutela presentada por la UGPP, con el objetivo de que fueran dejadas sin efectos las providencias proferidas el 24 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C y el 25 de febrero de 2016 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón.

La acción de tutela contra las autoridades judiciales mencionadas se fundó en el presunto desconocimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015, al ordenar que la liquidación pensional de Rosa Ernestina Agudelo Rincón se efectuara con base en el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, y no conforme al promedio de los últimos 10 años como lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En primera instancia, mediante Sentencia del 13 de octubre de 2016, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la solicitud de amparo, por considerar que era desproporcionado aplicar la Sentencia SU-230 de 2015 a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado con anterioridad a la fecha en que se adoptó la referida sentencia de unificación y, de ese modo, las autoridades accionadas acataron acertadamente el precedente según el cual el IBL de los beneficiarios del régimen de transición era el contenido en la Ley 33 de 1985, es decir, el promedio de factores devengados en el último año de servicio.

La UGPP impugnó la anterior decisión y, en Sentencia del 15 de diciembre de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado la revocó. En su lugar, amparó los derechos de la entidad accionante, al considerar que la regla sobre el cálculo de IBL establecida en la Sentencia C-258 de 2013, y luego extendida a los regímenes pensionales especiales en la Sentencia SU-230 de 2015, constituía el precedente a seguir en los fallos atacados mediante acción de tutela.

2. En Sede de Revisión la mayoría de la Sala Tercera declaró procedente la acción de tutela interpuesta por la UGPP al verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia del amparo contra providencias judiciales. Entre los requisitos señalados se analizó el agotamiento de todos los mecanismos de defensa, ordinarios y extraordinarios y la mayoría de la Sala señaló que la acción constitucional presentada por la UGPP cumplía con el requisito de subsidiariedad porque, a pesar de que la entidad podía acudir al recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en el presente caso era “evidente un abuso del derecho [...] en razón de la interpretación errónea sobre la aplicación del IBL y, además, se corre el riesgo de afectar irremediablemente las finanzas públicas”.

3. Respetuosamente, disiento de la posición mayoritaria de la Sala Tercera de Revisión al declarar la existencia de un “evidente abuso del derecho” que, en consecuencia, hacía procedente la acción de tutela presentada por la UGPP, pese a que contaba con la posibilidad de interponer el recurso de revisión.

Cabe recordar que en la Sentencia SU-427 de 2016 la Sala Plena de la Corte Constitucional dispuso cualquier duda sobre la titularidad y oportunidad de la UGPP para interponer el recurso de revisión. Para el efecto señaló que:

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

De conformidad con lo anterior, se puede concluir que el recurso de revisión es un medio idóneo y eficaz para que administradoras de pensiones como la UGPP controviertan aquellas decisiones de liquidación pensional en las que presuntamente se haya incurrido en abuso del derecho. De lo anterior también se deduce que, por regla general, la acción de tutela es improcedente. Sin embargo, la Corte ha establecido que esta acción procede excepcionalmente cuando se configure un abuso palmario o evidente del derecho.

Se insiste entonces que no todo abuso del derecho que conduzca a sentencias judiciales que ordenen liquidaciones pensionales puede ser discutido a través de la acción de tutela. Esa posibilidad se reserva a aquellos casos en los que dicho abuso es palmario, pues el

mecanismo principal para controvertir esas providencias judiciales es el recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

4. De conformidad con lo anterior, considero que los argumentos presentados en la Sentencia T-494 de 2017, de la cual me aparto, no dan cuenta del carácter excepcionalísimo de la acción de tutela para controvertir decisiones judiciales que incurran en abuso palmario del derecho por dos razones:

Primero, la providencia aduce que “[r]especto del recurso extraordinario de revisión, la Corte Constitucional ha establecido por regla general el agotamiento de este recurso para admitir la procedencia de la acción de tutela. No obstante, dicho precepto no resulta ser absoluto, cuando se observa una indebida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual deriva en un abuso del derecho”.

Este apartado niega el carácter excepcional que se estableció en la Sentencia SU-427 de 2016 de las acciones de tutela promovidas por la UGPP contra providencias judiciales que ordenan liquidaciones pensionales. Todos los casos como el analizado en el proceso de la referencia sobre liquidación pensional de regímenes de transición involucran la posible aplicación indebida de ese régimen contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Si esta indebida aplicación e interpretación normativa se adopta como criterio para identificar que existe un caso de abuso palmario del derecho para los que la Corte ha establecido que procede la acción de tutela, debería concluirse que todas estas acciones acreditarán el requisito de agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios. Sin embargo, tal conclusión es insostenible porque implica negar la regla general de que las órdenes judiciales de liquidación pensional con abuso del derecho deben discutirse principalmente mediante el recurso de revisión ya señalado. Es decir, tal posición implicaría relevar el recurso ordinario por la acción de tutela.

Por ello, considero que la sentencia de la cual me aparto incurre en una confusión entre el análisis de fondo y el estudio previo de procedibilidad formal de la acción constitucional. En este sentido, constatar una “indebida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993” equivaldría a efectuar un examen sobre la existencia de un defecto sustantivo o material como elemento previo para concluir que se cumple un supuesto formal de procedencia de la acción, esto es, el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios. Luego, la decisión adelanta el examen de fondo para determinar la procedibilidad de la acción.

Segundo, en consonancia con lo precedente en el caso analizado en la Sentencia T-494 de 2017 tampoco se acreditó el “grave perjuicio irremediable a las finanzas del Estado” que representa la pensión cuestionada en el caso de la referencia. En la Sentencia SU-427 de 2016 la Sala Plena identificó la existencia de un abuso palmario del derecho luego de describir un incremento pensional que pasó de \$3.935.780 a \$14.410.249. Es decir, un aumento en la pensión de \$10.747.469 equivalente al 259 %. Este aumento, además se dio como resultado de una vinculación precaria por un encargo por un mes y seis días.

En cambio, en la sentencia en la cual salvo el voto está ausente un análisis como el descrito: la UGPP como entidad accionante no establece ni el monto final de la pensión de la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón, ni cuanto representa porcentualmente tal aumento. Así, la sentencia solo adujo que “si bien no resultan tan cuantiosos los incrementos como en otros casos analizados por esta Corte (cita la Sentencia SU-427 de 2016), es evidente que afectan notoriamente las finanzas del Estado”. Tampoco se hizo ninguna mención a una posible vinculación precaria de la accionante que condujera a que su pensión aumentara.

Este razonamiento no puede ser aceptado si nuevamente se toma en cuenta que la regla general es que estos incrementos sean discutidos a través del recurso de revisión. Todos los casos como el analizado en el proceso de la referencia sobre liquidación pensional de regímenes de transición conducen a un aumento en el monto pensional. En ese sentido, dado que, en efecto, todo incremento pensional constituye una afectación del patrimonio público,

la conclusión que se deriva de la decisión es que toda acción de tutela interpuesta por la UGPP cumplirá con el estándar de abuso palmario del derecho. Lo anterior es inaceptable, pues hace inoperante el recurso de revisión que, según las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 es el mecanismo principal para desarrollar la controversia en torno a decisiones judiciales que ordenan liquidaciones judiciales con presunto abuso del derecho.

En conclusión, a mi juicio la UGPP no acreditó que en el presente asunto se configuró un abuso palmario del derecho y, por lo tanto, la sentencia debió declarar improcedente la acción de tutela. En ese sentido, la entidad demandante contaba con el recurso de revisión para controvertir la decisión judicial que ordenó la liquidación pensional de Rosa Ernestina Agudelo Rincón.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en la sentencia T-494 de 2017.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

