

Sentencia SU631/17

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA DE PERSONA JURIDICA-Debe ser ejercida por su Representante Legal, por excepción en entidades públicas, puede ser ejercida por funcionarios distintos al Representante Legal

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

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

ABUSO DEL DERECHO-Definición

El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.

El abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima.

ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR DECISIONES JUDICIALES QUE HAN RECONOCIDO Y RELIQUIDADO PENSIONES CON PALMARIO ABUSO DEL DERECHO-Procedencia excepcional

El carácter palmario del abuso del derecho debe ser identificado por el juez de tutela al momento de hacer el análisis de procedencia de la acción de tutela. No solo debe advertir (i) que el ejercicio del derecho pensional pudo haber desbordado los límites que le impone el principio de solidaridad del sistema de seguridad social –caso en el cual no debe perder de vista que la acción de tutela será, en principio, improcedente ante la existencia del recurso de revisión-, sino además (ii) constatar que la ventaja irrazonable que generó pone en un riesgo inminente a los demás afiliados del sistema de seguridad social, con ocasión de una anomalía en la interpretación judicial, en relación

con la cual CAJANAL no pudo ejercer su derecho de defensa y la UGPP se encuentra obligada a hacer erogaciones cuantiosas que, por su carácter periódico, atentan contra la equidad y la sostenibilidad del sistema, de manera actual. Todo ello debe derivar de la elusión de los principios y de las reglas que rigen el sistema pensional.

PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O FRAUDE A LA LEY-Tipos

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

PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY-Reglas jurisprudenciales

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

Un abuso del derecho que se verifica con un carácter palmario, puede ser verificable en los eventos en los cuales (i) con ocasión de una vinculación precaria del servidor público en la Rama Judicial, en un cargo de más elevada jerarquía y remuneración respecto de aquel en el que se desempeñaba con anterioridad, (ii) se declaró judicialmente en su favor un incremento porcentual trascendental desde el punto de vista particular.

INCREMENTO EXCESIVO EN LA MESADA PENSIONAL-
Configuración de un palmario abuso del derecho

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROCEDENCIA Y LEGITIMIDAD DE LA UGPP PARA INTERPONER RECURSO DE REVISION-Para controvertir decisiones judiciales que han reconocido y reliquidado pensiones con palmario abuso del derecho, según art. 20 de la ley 797/03

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Se incurre en defecto sustantivo por cuanto reliquidación pensional no tuvo en cuenta el principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social en pensiones

El ejercicio hermenéutico de las autoridades judiciales ordinarias terminó por privilegiar una aplicación aislada de la ley que no permitió la armonía del ordenamiento constitucional, y desconoció la supremacía del texto constitucional hasta el punto de hacer inoperante los principios del sistema de seguridad social en pensiones, que derivan de él.

Referencia: Expedientes acumulados T-5.574.837, T-5.631.824 y T-5.640.742

Acciones de tutela instauradas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- contra:

(1) Juzgado 1º Laboral del Circuito de Santa Marta;

(2) Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección “D”) y Consejo de Estado (Sección Segunda, Subsección “A”); y

(3) Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Sala Primera de Decisión Laboral).

Procedencia: (1) Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral-, (2) Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- y (3) Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.

Asunto: Régimen especial de la Rama Judicial y el Ministerio Público, tutela contra providencia judicial, vinculaciones precarias, abuso del derecho en forma palmaria, alcance del régimen de transición y exclusión del IBL.

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos emitidos (1) el 27 de abril de 2016 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la

decisión del 16 de diciembre de 2015 adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en la que se declaró improcedente la acción de tutela tramitada en el expediente **T-5.574.837**; (2) el 26 de mayo de 2016 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que modificó la sentencia del 25 de febrero de 2016 en la que la Sección Cuarta había declarado improcedente el amparo, para en su lugar negar el amparo reclamado en el expediente **T-5.631.824**; y (3) el 14 de junio de 2016 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión del 11 de marzo de 2016 proferida por la Sala de Casación Laboral de ese mismo órgano, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela del expediente **T-5.640.742**.

Los tres asuntos acumulados llegaron a esta Corporación en forma independiente por remisión que hicieron los correspondientes jueces constitucionales de segunda instancia, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y del inciso 2° del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. Fueron escogidos para revisión, acumulados por la Sala de Selección N°7 y repartidos a la Magistrada Ponente mediante auto del 28 de julio de 2016.

II. ANTECEDENTES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- promovió acción de tutela contra cada una de las sedes judiciales accionadas, al considerar que, sin advertir un abuso del derecho, accedieron a las pretensiones de reliquidación pensional de (1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego. De esta manera, según alegó, los jueces demandados comprometieron sus derechos de acceso efectivo a la administración de justicia y al debido proceso, en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera, pues no aplicaron la normativa que regía la situación jurídica de esas tres pensionadas, desviaron el sentido de la organización de la seguridad social y desconocieron el precedente judicial.

A. Presentación general de los casos objeto de estudio

1. Los tres asuntos que se definirán en esta oportunidad comparten elementos fácticos y jurídicos que sirvieron como fundamento para su acumulación. En líneas generales, en todos, la UGPP reclamó la protección de sus derechos al debido proceso y de acceso efectivo a la administración de justicia, por considerar que la reliquidación de la mesada pensional de las tres pensionadas involucradas -(1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego-, a quienes les es aplicable el régimen especial de la Rama Judicial contenido en el Decreto 546 de 1971, fue reconocida judicialmente como consecuencia de un abuso del derecho. Estiman que la cuantía de sus mesadas pensionales resulta incongruente con la historia

laboral de cada una de las referidas pensionadas y, por ende, trastoca los principios del sistema pensional.

Asegura la entidad accionante que las decisiones judiciales proferidas por los jueces accionados, acarrearán resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico y, en especial, con el principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social en pensiones. En su criterio, a causa de fallos como los que se cuestionan en esta oportunidad, actualmente el sistema de seguridad social en pensiones debe subsidiar mesadas pensionales inconsecuentes con la historia laboral de algunos pensionados, sobre los que existe un beneficio desproporcionado que, al mismo tiempo, merma la capacidad financiera del sistema.

Las señoras (1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego prestaron sus servicios a la Rama Judicial, durante un periodo de tiempo considerable. En el último año de servicios fueron nombradas en un cargo de mayor jerarquía y remuneración, lo que condujo a que, a la luz de lo normado en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 (que regulaba el régimen pensional especial de la Rama Judicial), su pensión incluso duplicara la cuantía, en relación con aquella reconocida inicialmente por CAJANAL.

El punto de censura radica básicamente en que las reliquidaciones pretendidas y concedidas mediante las sentencias judiciales que se censuran, desconocen dos elementos básicos. Primero, que el nuevo valor de las prestaciones fue estimado con base en un cambio intempestivo y corto en la historia laboral de las pensionadas; segundo, que el IBL que se les aplicó no podía ser el del régimen previsto en el Decreto 546 de 1971, pues el Legislador lo excluyó del régimen de transición y, en esa medida, debe entenderse regulado por la Ley 100 de 1993.

En suma, para la accionante, la conducta de los jueces que definieron favorablemente las pretensiones de reliquidación de (1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego, trasgredió los principios que soportan el sistema pensional colombiano y comprometió su sostenibilidad.

2. Como quiera que los cuestionamientos de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, recaen sobre los fallos de (1) 30 de noviembre de 2005; (2) 28 de agosto de 2003 y 7 de octubre de 2004; (3) 31 de octubre de 2008 y 30 de octubre de 2009, esa entidad argumentó que la presente acción satisface tanto el requisito de inmediatez, como el de subsidiaridad, aunque en principio podría concluirse lo contrario.

Según la accionante precisó al respecto en su escrito de tutela, la compleja situación que atravesó CAJANAL, misma que motivó la declaración de un

estado de cosas inconstitucional que nunca se superó y que en últimas condujo a su liquidación y a la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, explica el hecho de que aquella entidad, materialmente, no haya podido hacer uso de los mecanismos de defensa judicial con los que en principio contaba dentro del proceso laboral ordinario. De tal manera, según esa postura, no puede exigirse con rigor el acatamiento del principio de subsidiariedad a la UGPP.

La UGPP llamó la atención sobre el hecho de que sucedió a CAJANAL, desde el momento de su liquidación, regulada en el Decreto 2196 de 2009. Ese proceso de liquidación fue prorrogado hasta el 11 de junio de 2013, conforme el Decreto 877 de 2013. Entonces, asumió el conocimiento de las solicitudes pensionales desde el 1° de diciembre de 2012, pero la sucesión procesal y la defensa judicial en relación con los procesos iniciados contra CAJANAL no tuvo lugar sino hasta el 12 de junio de 2013.

La UGPP, una vez asumió la defensa judicial de CAJANAL, se encontró con que, por el transcurso del tiempo, muchas decisiones judiciales las recibía sin tener mecanismo de defensa alguno, pues los términos habían caducado sin que CAJANAL hiciera uso de ellos, lo que se explica por el estado de cosas inconstitucional en el que se encontraba sumida esa última entidad. La UGPP, una vez digitalizó y analizó en forma pormenorizada los casos que recibió, encontró que no tenía recursos judiciales disponibles por activar, por lo que la tutela se convirtió en la única acción disponible.

La accionante hizo énfasis en que estas acciones de tutela son procedentes, tanto de cara al principio de subsidiariedad como al de la inmediatez, pues no es imputable a la UGPP la imposibilidad de CAJANAL para hacer uso de los recursos judiciales a su disposición, ni la interposición tardía de la acción de tutela, dados los procesos de análisis de casos que siguieron a la recepción de los expedientes provenientes de CAJANAL. Además sostuvo que las prestaciones pensionales son obligaciones de tracto sucesivo, por lo que la vulneración de los derechos de la UGPP, no obstante el paso del tiempo, es actual.

La promotora del amparo aseguró que el sistema de seguridad social en pensiones se encuentra en peligro, a causa de prestaciones como estas. En esa medida, no solo están comprometidos los derechos de la UGPP, sino los de la generalidad de los colombianos, en la medida en que las reliquidaciones pensionales reconocidas se basan en un ejercicio abusivo del derecho, que derivó, en estos tres casos, en el incremento desproporcionado de las mesadas pensionales que propone analizar y, con él, en un perjuicio inminente para el sistema pensional y para la concreción de los principios que lo rigen.

B. Exposición particular y detallada de los expedientes acumulados

Además de las características generales que pueden extraerse de la lectura de los expedientes que fueron acumulados, es necesario referir sus particularidades para resolver el asunto concreto que se somete a consideración de la Sala.

1. EXPEDIENTE T-5.574.837

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- formuló acción de tutela en contra del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, porque mediante sentencia del 30 de noviembre de 2005 ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de Judith Cecilia Santander Rovira. Dicha decisión judicial aumentó la mesada pensional de aquella y la hizo equivalente al 75% de la asignación más alta que ella recibió durante su último año de servicios, sin aplicar ningún tope.

La accionante reprocha a la sede judicial accionada, sobre todo, que no haya reparado en que la reliquidación de esa mesada es desproporcionadamente elevada en razón de una vinculación precaria; la pensionada se habría desempeñado por un lapso de un mes y 20 días, como Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, durante el último año de servicios y ello implicó dicho aumento, sin que el mismo sea compatible con su historia laboral.

1.1. Hechos y pretensiones

La señora Judith Cecilia Santander Rovira nació el 4 de junio de 1943 y adquirió estatus pensional el 4 de junio de 1993. Se habría desempeñado en la Rama Judicial así:

Cargo	Periodo laborado		Duración del vínculo		
	Desde	Hasta	Años	Meses	Días
Juez 4° Penal de Alto Riesgo del Circuito de Santa Marta	01-05-1968	19-01-2000	31	8	19
Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura	20-01-2000	09-03-2000	0	1	20
Juez 4° Penal de Alto Riesgo del Circuito de Santa Marta	10-03-2000	19-01-2001	0	10	10

Como quiera que la señora Santander solicitó su pensión, CAJANAL expidió la Resolución N°00758 del 23 de enero de 2001. En ella le reconoció pensión de jubilación, cuyo monto estimó en \$3.153.588,88 conforme a lo normado en las Leyes 33 y 62 de 1985¹.

¹ Resolución N°00758 del 23 de enero de 2001. (fl.19 vto. C.1)

La decisión de CAJANAL fue controvertida por Judith Cecilia Santander Rovira a través de los recursos de reposición y apelación. El primero fue resuelto mediante la Resolución N°015491 del 14 de junio de 2001, que confirmó la decisión inicial. El segundo lo fue en la Resolución N°02313 del 16 de abril de 2002, que modificó la cuantía de la prestación, porque inicialmente no se había tenido en cuenta la asignación mensual más elevada del último año de servicio, como correspondía, pues la accionante adquirió estatus pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La mesada pensional fue reconocida por valor de \$3.901.590,00.²

Posteriormente, CAJANAL expidió la Resolución N°02495 del 23 de abril de 2002³, en la que se adicionó la Resolución N°02313 del 16 de abril de 2002, en el sentido de fijar la efectividad de la pensión de jubilación a partir del 12 de enero de 2001, día siguiente a la fecha del retiro del servicio de la señora Santander.

La señora Judith Cecilia Santander Rovira, inconforme con la liquidación de su mesada pensional y con la aplicación de los topes previstos en la Ley 71 de 1988⁴, promovió una acción ordinaria laboral que fue tramitada, conocida y decidida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Santa Marta, el 30 de noviembre de 2005.

En su sentencia, el juez 1° Laboral del Circuito de Santa Marta consideró que para establecer el monto de la mesada pensional de la demandante era necesario considerar el último salario más alto percibido en el año anterior a su retiro y encontró que no le era aplicable el tope de los 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes que imponía el artículo 2⁵ de la Ley 71 de 1988, de acuerdo con el artículo 9⁶ del Decreto 43 de 1995. En consecuencia, la mesada pensional se incrementó en cerca de \$2.007.117,74, se fijó una condena por \$129.154.267 por las mesadas causadas y adeudadas desde el 12 de enero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2005 y por \$116.032.165 de intereses moratorios⁷. El referido fallo quedó ejecutoriado el 5 de diciembre de 2005.

CAJANAL, sin interponer recursos contra la referida decisión judicial, la

² Resolución N°02313 del 16 de abril de 2002. (fls. 24 a 28 C.1)

³ Proferida para dar cumplimiento a la sentencia de tutela del 2 de abril de 2002 proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en resguardo del derecho de petición de la señora Santander. Conforme se cita en la Resolución N°002495 del 23 de abril de 2002 (fls. 29 a 30 C.1), el fallo de tutela resolvió ordenarle a CAJANAL resolver el recurso de apelación del que hizo uso Judith Cecilia Santander Rovira y el pago de *“los dineros que hasta la fecha le adeuden por concepto en (sic.) mesadas pensionales, aclarando que el pago de las mesadas del periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2000 hasta el mes de marzo de 2002 debe realizarse sin el descuento del valor de las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud.”* Negó el pago del reajuste pretendido por la entonces accionante.

⁴ Juzgado 1° Laboral del Circuito de Santa Marta. Sentencia del 30 de noviembre de 2005 (fl.32 vto. C.1)

⁵ *“Artículo 2. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.”*

⁶ *“Artículo 9. Las pensiones de la Rama Judicial no estarán sometidas a lo dispuesto en el artículo 2 o de la Ley 71 de 1988. En todo caso las pensiones se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”*

⁷ Juzgado 1° Laboral del Circuito de Santa Marta. Sentencia del 30 de noviembre de 2005 (fl.35 vto. C.1)

cumplió a través de la Resolución N°3668 del 10 de mayo de 2006, en la que reliquidó la prestación y elevó el monto de la mesada pensional. El reporte de nómina correspondiente a esa determinación, del mes de agosto de 2006, revela el incremento del valor de la pensión de la señora Santander Rovira, de \$5.293.325,17 a \$8.016.401,35⁸.

Posteriormente, por petición de la interesada, CAJANAL conoció en dos oportunidades más las solicitudes de reliquidación pensional. A través de las Resoluciones N°59068 del 4 de diciembre de 2008 y la N°UGM08250 del 15 de septiembre de 2011, confirmada mediante la N°RDP008823 del 26 de febrero de 2013⁹, esas solicitudes fueron negadas.

Para la UGPP, el proceder del Juzgado Ordinario Laboral que resolvió incrementar el valor de la mesada pensional de la señora Santander desconoció la normativa aplicable. No tuvo en cuenta (i) el límite de 15 smlmv establecido en el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, y tampoco (ii) que según el artículo 9° del Decreto 43 de 1995, las pensiones de la Rama Judicial se liquidan con los mismos factores salariales con los que se calcularon los aportes.

Para la UGPP, la decisión judicial que se cuestiona fue proferida en contravía del mandato superior de la igualdad de trato en la aplicación de la ley, de la justicia distributiva y de los criterios de sostenibilidad fiscal y financiera. En últimas produjo una injusticia social, en tanto la señora Judith Cecilia Santander Rovira incrementó sustancialmente su IBL y su mesada pensional con un encargo de un mes y veinte días de duración, que cambió abruptamente su historia laboral. Para esa entidad, es claro que el origen de la decisión judicial es el abuso del derecho, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

El **2 de diciembre de 2015**, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP– acudió al juez constitucional con el fin de que deje sin efectos el fallo del **30 de noviembre de 2005** proferido por el juzgado accionado y le ordene a éste dictar una nueva sentencia, en la que considere la vinculación precaria de la señora Judith Cecilia Santander Rovira y excluya los factores salariales ligados a aquella. En forma subsidiaria reclamó que el accionado remita a su superior jerárquico el expediente ordinario con el fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como medida provisional pidió la suspensión de la Resolución N°03668 del 10 de mayo de 2006, en la que CAJANAL dio cumplimiento a lo resuelto por el juzgado accionado, y elevó la mesada pensional de Judith Cecilia Santander Rovira.

⁸ Escrito de tutela (fl.2 vto. C.1)

⁹ Escrito de tutela (fl.2 vto. C1)

1.2. Actuaciones de instancia

Repartida la acción de tutela a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante auto del 4 de diciembre de 2015, se admitió el amparo para su trámite. A solicitud de la accionante, se vinculó a la señora Judith Cecilia Santander Rovira a la presente acción y se le corrió el traslado del caso a los interesados. En la misma providencia se resolvió no acceder a la medida provisional deprecada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-.

1.3. Respuesta de los accionados

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta**, en ejercicio de su derecho de defensa manifestó que el funcionario judicial que emitió la decisión cuestionada no es el actual titular del despacho. Relató que el 23 de noviembre de 2004 se admitió la demanda presentada por la señora Santander Rovira en contra de CAJANAL, el Ministerio de la Protección Social y la Nación. La demanda fue desistida respecto del Ministerio de Protección Social el 23 de mayo de 2005. Luego de la audiencia de conciliación se profirió sentencia el 30 de noviembre de 2005 y, con ocasión de ella, el 31 de enero de 2006, se libró mandamiento de pago contra CAJANAL. Afirmó el accionado que no se configura ninguno de los defectos que hacen viable la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Por su parte, la vinculada **Judith Cecilia Santander Rovira**, sostuvo que la decisión de no fijar topes a su mesada pensional es razonable y no puede considerarse arbitraria. Alegó que el reconocimiento pensional en su favor, responde a las normas que se encontraban vigentes para el momento en que logró estatus pensional. Para la interesada, la sentencia que se cuestiona no incurrió en ningún yerro y la acción de tutela no puede emplearse para debatir los topes pensionales, como pretende hacerlo la UGPP.

1.4. Sentencia de Primera Instancia

El 16 de diciembre de 2015, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta declaró improcedente el amparo, pues si bien Judith Cecilia Santander Rovira vio elevar su mesada pensional como consecuencia de una vinculación precaria, la sentencia que se cuestiona fue proferida 10 años atrás y contra ella no fueron interpuestos los recursos judiciales correspondientes.

Al analizar la petición subsidiaria sobre la remisión del expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta sobre la decisión adversa a CAJANAL, la Sala advirtió que aquel solo es admisible en los procesos judiciales en los que haya una decisión adversa a la Nación, a un departamento o a un municipio, sin que CAJANAL ostente ninguna de esas calidades.

1.5. Impugnación

La accionante, en desacuerdo con la decisión de primera instancia, resolvió impugnarla sin sustentar el recurso, pues adujo no conocer el contenido del fallo.

1.6. Sentencia de Segunda Instancia

El 27 de abril de 2016, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia. Encontró que la acción es improcedente por inobservar el requisito de subsidiaridad e inmediatez. Destacó que aun cuando la defensa judicial de CAJANAL fue asumida por la accionante el 12 de junio de 2013, no hay justificación para que esta acción haya sido formulada más de dos años después de esa fecha. No tener eso en cuenta socavaría la seguridad jurídica. Adicionalmente, es el juez ordinario laboral quien está llamado a resolver este asunto. Consideró que el debate es meramente legal y que la actora no probó la existencia de un perjuicio irremediable, que habilite la intervención del juez constitucional.

Para la Corte Suprema de Justicia, en este caso hay que tener en cuenta que la sentencia C-258 de 2013 no alude a regímenes especiales y que la consulta no procede, por no haber condena contra ninguna entidad territorial.

1.7. Insistencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El 13 de julio de 2016, la Directora de la Oficina de Defensa Jurídica de la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, solicitó la selección del presente asunto. Para esa entidad los fallos de instancia pasaron por alto el precedente sobre inmediatez y subsidiaridad, así como el de vinculaciones precarias, fraude a la ley y abuso del derecho. No tuvieron en cuenta que los problemas administrativos de CAJANAL le impidieron ejercer, en su momento, efectivamente su derecho a la defensa. Recalcó además que se omitió el hecho de que la sucesión de CAJANAL estuvo marcada por problemas complejos que heredó a la UGPP. Sumado a lo anterior, la UGPP no recibió en forma inmediata los expedientes que tenía CAJANAL en su poder, como parecen interpretarlo los jueces de instancia.

La insistente anotó que en el caso de Judith Cecilia Santander Rovira se desconoció la jurisprudencia sobre la procedencia de las acciones de tutela que versan sobre una prestación periódica, concretamente se refirió a las sentencias T-951 de 2013 y T-546 de 2014. Indicó también que las decisiones de instancia desconocen la sentencia SU-230 de 2015 en la que quedó claro que no hay régimen de transición en lo que se refiere al índice base de liquidación de las prestaciones pensionales.

La Agencia sostuvo además que, conforme el precedente constitucional, no puede configurarse una prestación pensional mediante abuso del derecho o fraude. La prestación reconocida a favor de Judith Cecilia Santander Rovira le hace acreedora de ventajas irrazonables, que contrastan con su historia laboral.

Finalmente, informó que esa entidad formuló insistencia bajo los mismos argumentos en los expedientes **T-5.550.148** y **T-5.161.230**¹⁰, el último de los cuales tiene suspendidos los términos de decisión.

2. EXPEDIENTE T-5.631.824

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Subsección D de la Sección Segunda) y del Consejo de Estado (Subsección A de la Sección Segunda), por (i) haber declarado la nulidad de la decisión de CAJANAL en la que limitó a 20 smlmv la mesada pensional de la señora Judith Aya de Cifuentes y desestimó la prima de navidad como factor salarial para su liquidación. Y por (ii) reconocer, en lugar de esa determinación, una pensión sin límite alguno y pasar por alto que la cuantía reconocida tiene fundamento en una vinculación laboral de apenas 2 meses y 23 días, sin que corresponda a la historia laboral de la pensionada.

2.1. Hechos y pretensiones

La señora Judith Aya prestó sus servicios al Estado a través del Ministerio Público y de la Rama Judicial, en distintos cargos desempeñados en la siguiente forma¹¹:

Entidad/Cargo	Periodo laborado		Duración del vínculo		
	Desde	Hasta	Años	Meses	Días
<i>Procuraduría General de la Nación</i> Abogado visitador I	16-06-1971	15-07-1972	1	1	0
<i>Procuraduría General de la Nación</i> Abogado visitador II	16-07-1972	31-07-1977	5	0	16
<i>Procuraduría General de la Nación</i> Fiscal Juzgado Quinto Superior de Bogotá	01-08-1977	28-03-1980	2	7	28

¹⁰ Este último fue definido por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante **Sentencia SU-427 de 2016**. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹ Con arreglo a la relación de cargos que presentó la UGPP en su escrito de tutela, que no fue controvertida por la señora Aya. Dicha relación presenta inconsistencias importante por periodos anteriores a aquellos relevantes, es decir al último año de labor. Se presenta en los mismos términos en que fue allegada al proceso, sin que sus imprecisiones tengan incidencia alguna sobre las conclusiones que se presentarán.

Entidad/Cargo	Periodo laborado		Duración del vínculo		
	Desde	Hasta	Años	Meses	Días
<i>Rama Jurisdiccional</i> Abogada Asistente Grado 21	01-09-1979	14-01-1980	0	4	14
<i>Rama Jurisdiccional</i> Abogada Asistente Grado 21	16-01-1980	03-05-1982	2	3	18
<i>Rama Jurisdiccional</i> Secretaria Grado 21	04-05-1982	15-02-1988	5	9	12
<i>Rama Jurisdiccional</i> Abogada Asistente Grado 21	16-02-1988	30-09-1990	2	7	15
<i>Rama Jurisdiccional</i> Secretaria General Grado 22	01-11-1990	15-02-1991	0	3	15
<i>Rama Jurisdiccional</i> Abogada Asistente Grado 21	16-02-1991	01-12-1991	0	9	16
<i>Rama Jurisdiccional</i> Directora Seccional de Administración Judicial	29-01-1992	15-03-1992	0	1	17
<i>Rama Jurisdiccional</i> Directora Nacional de Administración Judicial	16-03-1992	05-04-1994	2	0	12
<i>Rama Jurisdiccional</i> Abogada Asistente de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura	06-04-1994	31-10-1999	5	6	26
<i>Rama Jurisdiccional</i> Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura	01-11-1999	23-01-2000	0	2	23
<i>Rama Jurisdiccional</i> Abogada Asistente de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura	24-01-2000	02-02-2000	0	0	9

Con una larga trayectoria laboral en la Rama Judicial, en este caso la pensionada se desempeñó como abogada asistente de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura del 6 de abril de 1994 al 31 de octubre de 1999. El primero de noviembre de 1999 fue nombrada magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por 2 meses y 23 días, hasta el 23 de enero del año 2000. Volvió a desempeñarse durante 9 días más como abogada asistente de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, luego de lo cual se retiró definitivamente del servicio y solicitó el reconocimiento pensional.

La UGPP precisó en su escrito de tutela que la señora Aya obtuvo su estatus

pensional el 10 de octubre de 1991¹². Ante la solicitud de pensión de jubilación hecha por ella, CAJANAL expidió la Resolución N°008296 del 15 de mayo de 2000 en la que reconoció esa prestación. Para tal efecto aplicó el Decreto 546 de 1971, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 y ajustó el valor de la mesada pensional reconocida al tope de 20 smlmv, establecido en el Decreto 314 de 1994. Esta decisión fue recurrida por la interesada y CAJANAL, al resolver el recurso de reposición en la Resolución N°004366 del 16 de noviembre de 2000, confirmó su determinación inicial.

Judith Aya de Cifuentes, inconforme con la decisión de CAJANAL, promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El conocimiento de su solicitud estuvo a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Éste mediante sentencia del 28 de agosto de 2003 resolvió favorablemente sus pretensiones y, a título de restablecimiento del derecho, reconoció a favor de la allí demandante, a partir del 3 de febrero de 2000, una pensión sin ningún tipo de límite. CAJANAL impugnó esa decisión judicial. El 7 de octubre de 2004, el Consejo de Estado confirmó esa determinación.

Para cumplir las sentencias judiciales en comento CAJANAL expidió la Resolución N°8534 del 6 de diciembre de 2005, en la que elevó el valor de la mesada pensional de la señora Aya de \$5.202.000 a \$11.112.430,69 a partir del 3 de febrero de 2000. Como retroactivo CAJANAL pagó la suma de \$791.010.482.

El 9 de diciembre de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP– acudió al juez solicitándole dejar sin efectos los fallos del **28 de agosto de 2003** y el **7 de octubre de 2004** proferidos por las sedes judiciales demandadas, como también la Resolución N°8534 del 6 de junio de 2006 en la que CAJANAL les dio cumplimiento. Le solicitó también ordenar al Consejo de Estado que, en su lugar, profiera una nueva determinación en el caso de la señora Aya. Como medida provisional propuso la suspensión de la Resolución N°8534 del 6 de junio de 2006.

Según argumentó la accionante en su escrito de tutela, los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa fueron proferidos con ocasión de un abuso del derecho, cuyos elementos característicos han sido recogidos recientemente en la sentencia C-258 de 2013. Además destacó que lo ordenado en ellos constituye un fraude a la ley en la medida en que se excluyeron los principios que informan el régimen de prima media del sistema de seguridad social en pensiones, por lo que afectan la sostenibilidad financiera de la que trata el Acto Legislativo 01 de 2005. Se refirió especialmente al principio de solidaridad.

¹² Aun cuando en la Resolución N° 8296 del 15 de mayo de 2000 se determinó que el estatus pensional de la señora Aya lo adquirió el 5 de febrero de 1992, el juez ordinario de primera instancia al efectuar los cálculos correspondientes y zanjando las controversias que existían sobre ese aspecto, estableció que el estatus pensional de la interesada data del 10 de octubre de 1991 (fl.39 Cd.1).

La accionante informó al juez constitucional que para el momento de la interposición de la presente acción de tutela, Judith Aya de Cifuentes se encuentra incluida en nómina con una mesada que asciende a los \$16.108.705, a causa de una vinculación de 2 meses y 23 días en el cargo de magistrada.

2.2. Actuaciones de instancia

Repartida la acción de tutela a la Sección Cuarta de la Sala de Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 14 de enero de 2016 fue admitida. En esa misma providencia negó la medida provisional y vinculó a la señora Judith Aya de Cifuentes, en calidad de interesada.

2.3. Respuesta de los accionados

La **Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado** sostuvo que esta solicitud de amparo lleva implícita una concepción errática de la tutela como una instancia adicional de controversia judicial. Solicitó declarar su improcedencia, pues el estado de cosas inconstitucional en el que se vio envuelta CAJANAL tuvo el objetivo de conjurar los problemas que tenía para resolver solicitudes pensionales, sin que pueda llegar a sostenerse que también se refirió a los problemas de defensa judicial de la entidad. Bajo esta mirada sostuvo que esta acción no satisface los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

2.4. Sentencia de Primera Instancia

El 25 de febrero de 2016, la Sección Cuarta de la Sala de Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió sentencia en la que declaró improcedente el amparo. Argumentó que no se observó el requisito de inmediatez en la formulación de la acción de tutela. Señaló que la petición de amparo constitucional fue interpuesta cerca de 11 años después de emitidas las decisiones judiciales que se atacan, sin que esa conducta pueda considerarse justificada, en abstracto, por la declaratoria del ECI.

Resaltó además que si, en gracia de discusión, se considera el 11 de junio de 2013 como la fecha en la que inició la gestión de la UGPP, igual la conclusión que se impone es que esa entidad tardó más de 2 años en interponer esta acción de tutela, sin que su demora esté justificada.

2.5. Impugnación

La accionante, en desacuerdo con la decisión de primera instancia, la impugnó porque considera que la inactividad procesal en la que se basó, no es imputable a la Unidad. Sostuvo que la incapacidad institucional de CAJANAL, que heredó la UGPP en sus primeros años de funcionamiento, impidió su defensa efectiva. Resaltó que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado,

han flexibilizado los requisitos de procedencia de la acción de tutela en casos como este, por esa razón. Manifestó además que como quiera que la pensión es una prestación periódica, no es posible deducir que no se ha observado el principio de inmediatez, como lo concluyó la primera instancia, pues existe una situación irregular, continua y actual, que afecta sus derechos fundamentales y que expone al sistema pensional colombiano.

2.6. Sentencia de Segunda Instancia

Al estar el proceso para ser definido en segunda instancia, **Judith Aya de Cifuentes** allegó un memorial. En él manifestó que CAJANAL intervino en todas las etapas del proceso que ella promovió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Destacó que el estado de cosas inconstitucional que experimentó CAJANAL solo aludía a las solicitudes represadas y no a la defensa judicial de la entidad, que contrario a lo manifestado por la accionante, si pudo ejercer. Para ella en todo caso un término de 11 años para controvertir decisiones judiciales, resulta irrazonable. Por último, la señora Aya manifestó que las sentencias fueron proferidas con arreglo a la normatividad vigente para el momento en que se definió el asunto.

El 27 de abril de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de resaltar que aunque la acción de tutela sí es procedente, no puede asumirse que existe una afectación a los derechos de la accionante en vista de que los topes, reclamados por la UGPP, no eran aplicables. Además el desconocimiento del precedente se predicó respecto de sentencias de la Corte Constitucional proferidas después de emitidos los fallos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se cuestionan.

3. EXPEDIENTE T-5.640.742

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- formuló acción de tutela contra el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, por estimar que *“el Ingreso Base de Liquidación (IBL) en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Margarita María Gómez Gallego debía liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios”*, pues para el IBL no existe régimen de transición y, en lo que a él atañe, es imperioso aplicar lo normado en la Ley 100 de 1993.

3.1. Hechos y pretensiones

Margarita María Gómez Gallego nació el 18 de mayo de 1954. Prestó sus servicios a la Rama Judicial del 10 de octubre de 1979 al 9 de febrero de 2006, y su último nombramiento fue como Juez Primero Promiscuo de Familia de Bolívar. Su estatus pensional lo logró el 18 de mayo de 2004.

Respecto a la solicitud de reconocimiento pensional que elevó la señora Gómez Gallego a CAJANAL, ésta emitió la Resolución N°22862 del 10 de agosto de 2005 en la que le reconoció una prestación en cuantía de \$2.419.056,07. Ese acto administrativo fue modificado por la Resolución AMB33877 del 11 de julio de 2007, que al resolver un recurso de apelación incrementó el valor de la mesada pensional a \$2.709.901,46.

Inconforme con la decisión de CAJANAL, Margarita María Gómez Gallego formuló demanda ordinaria laboral cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín. Éste mediante sentencia del 31 de octubre de 2008, reconoció una pensión a favor de la accionante equivalente al 75% de la asignación más elevada del último año de servicios que prestó, sin dar información sobre los cargos que ocupó y el tiempo en que lo hizo. Al aplicar el régimen de transición, tasó la mesada pensional en \$4.703.045.

La decisión ordinaria de primera instancia fue apelada por CAJANAL. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín confirmó íntegramente la providencia recurrida, en sentencia del 30 de octubre de 2009, ejecutoriada el 15 de diciembre de 2009. Tal determinación fue cumplida por la UGPP a través de la Resolución N°034258 del 21 de febrero de 2012¹³. Margarita María Gómez Gallego fue beneficiaria de un retroactivo de \$212.303.455 y actualmente recibe una mesada pensional de \$5.983.530.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- acudió al juez de tutela el **9 de noviembre de 2015**, solicitándole dejar sin efectos los fallos del **31 de octubre de 2008** y el **30 de octubre de 2009**, y reliquidar la pensión de Margarita María Gómez Gallego. Como medida provisional pidió la suspensión de los efectos de las Resoluciones mediante las cuales se cumplieron las sentencias ordinarias.

Resaltó con preocupación que *“los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, en donde los recursos provenientes del erario público se dirigen a financiar, no las prestaciones de los más pobres, sino las mesadas más altas del sistema”*¹⁴ que según estima son entre el 42% y el 72% de las pensiones actualmente reconocidas.

Para la actora, los fallos que se cuestionan son producto de un abuso del derecho y si bien no discute el derecho de Margarita María Gómez Gallego a percibir una mesada pensional, su emisión desconoce los principios generales del sistema de seguridad social en pensiones, específicamente el de solidaridad. Además se pasó por alto que el régimen de transición abarca la exigencias en materia de edad, tiempo de servicio y número de semanas requeridas, pero no

¹³ Esta Resolución fue aclarada por la Resolución N°RDP023179 del 21 de mayo de 2013, para precisar que la prestación se encuentra a cargo del FOPEP.

¹⁴ Escrito de tutela (fl.23 vto. C.1)

el índice base de liquidación de las pensiones de sus beneficiarios. Acusa a las decisiones judiciales de no haber aplicado el precedente constitucional en la materia, en especial la sentencia SU-230 de 2015.

3.2. Actuaciones de instancia

Repartida la acción de tutela a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ésta mediante auto del 3 de diciembre de 2015 la admitió. Por solicitud de la accionante vinculó a la señora Margarita María Gómez Gallego, a CAJANAL EICE En liquidación y al Consorcio Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –en adelante, FOPEP-. En la misma decisión resolvió no acceder a la medida provisional deprecada.

3.3. Respuesta de los accionados y vinculados

El **Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FOPEP-** en ejercicio de su derecho de defensa sostuvo que su función básica es el pago de las mesadas pensionales de quienes están incluidos en la nómina de la UGPP. Entonces, carece de facultades de disposición sobre dichas prestaciones. Sin embargo, solicitó al juez de tutela conceder el amparo y vincular al Ministerio del Trabajo, como ordenador del gasto.

La **Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín** señaló que las reclamaciones de la UGPP desconocen que a los regímenes especiales no les son aplicables las normas generales de la seguridad social y que cada régimen debe aplicarse en su integridad. Destacó que, como lo prueba la Circular 053 del 3 de noviembre de 2010 de la Procuraduría General de la Nación, para la época de emisión de los fallos era un hecho que CAJANAL desconocía los regímenes especiales, por lo que dicha entidad llamó la atención de esa administradora.

Reclamó la improcedencia del amparo en la medida en que pasaron casi 6 años desde que se emitieron los fallos laborales hasta la interposición de la acción de tutela y la accionante no formuló el recurso extraordinario de casación. Por ende, concluyó que esta acción de tutela no satisface los requisitos de subsidiaridad e inmediatez.

Los demás interesados guardaron silencio sobre a los reclamos de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-.

3.4. Sentencia de Primera Instancia

El 11 de marzo de 2016¹⁵, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

¹⁵ Según obra en el expediente la demora en la determinación de este asunto obedeció a la necesidad de convocar conjueces para ello. Así lo constata el acta del 10 de diciembre de 2015, en la que efectuó el sorteo de conjueces por parte de la Presidenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Justicia profirió sentencia en la que declaró improcedente el amparo por no observar los principios de inmediatez y subsidiaridad en la interposición de la acción. Por un lado, ésta se formuló 6 años después de proferidas las decisiones judiciales cuestionadas, sin que el ECI pueda servir, en abstracto, para justificar su tardanza y afectar la cosa juzgada. Por otro lado, la accionante no interpuso ni el recurso de casación ni el de revisión y acude directamente a la tutela sin haber expuesto su inconformidad por los conductos procesales establecidos.

3.5. Impugnación

La accionante, en desacuerdo con la decisión de primera instancia, resolvió impugnarla. Motivó su desacuerdo en el hecho de que el juez de tutela desconoció la particular situación de la UGPP y el proceso de recepción y análisis de los expedientes provenientes de CAJANAL. La promotora de este amparo consideró que a pesar de haber intervenido en el proceso, no pudo ejercer su derecho de defensa por la congestión administrativa que experimentó esa entidad y que dio origen al estado de cosas inconstitucional decretado por la Corte.

Adicionalmente alegó que ninguno de los recursos que la primera instancia consideró procedentes, eran viables en el caso concreto, pues no se alcanza la cuantía exigible para el de casación y no se subsume en ninguna de las causales que habilitan la interposición del recurso de revisión, conforme el artículo 31 de la Ley 712 de 2001.

3.6. Sentencia de Segunda Instancia

El 27 de abril de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión de primera instancia. Encontró que la acción si bien puede considerarse inmediata con arreglo al precedente constitucional, *“la declaratoria de la inconstitucionalidad de las cosas en relación con CAJANAL, contenida en la Sentencia T-068 de 1998, no es una autorización para que la UGPP convierta la acción de tutela en una instancia más o en mecanismo de revisión de todas o casi todas las decisiones judiciales en materia pensional”*¹⁶.

4. Actuaciones en sede de Revisión

4.1. La Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional mediante auto del 28 de julio de 2016, escogió para revisión los tres casos que analizan. Dada la similitud fáctica y jurídica entre ellos, los acumuló para finalmente asignarlos a la Sala Quinta de Revisión, presidida por la Magistrada Ponente.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de junio de 2016. M.P. José Francisco Acuña Viscaya. (fl.7 C.3)

Surtido el debate correspondiente al interior de la Sala de Revisión se advirtió la incompetencia de la misma para resolver el asunto, en tanto una de las sentencias cuestionadas fue emitida por el Consejo de Estado. Así las cosas, se concluyó que la revisión de las tutelas de la referencia corresponde a la Sala Plena de esta Corporación.

Una vez presentado el informe del que trata el artículo 59 del Reglamento interno de la Corte Constitucional, al que remite el artículo 61 de la misma norma, la Sala Plena decidió asumir el conocimiento del asunto por auto del 9 de diciembre de 2016. Los términos de decisión fueron suspendidos desde entonces, por un lapso de 3 meses con el fin de ser sometido a su consideración.

4.2. El 27 de enero de 2017 se registró proyecto de fallo para estudio en Sala Plena. Con ocasión del mismo, el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva se declaró impedido para participar en el debate. Finalmente, el 2 de marzo de 2017, la Sala Plena discutió este asunto sin que, entre los 8 magistrados restantes, se lograra mayoría para resolver. Por esa razón fue necesario nombrar un conjuer para definir la controversia el 8 de marzo de 2017. Así, el 15 de mayo de 2017, se le comunicó al Dr. Augusto Hernández Becerra su designación como conjuer en la causa.

4.3. Tras la sesión de Sala Plena, la Magistrada sustanciadora, estimó necesario emitir un auto de pruebas, con dos objetivos. El primero, conocer la historia laboral y el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio por Judith Cecilia Santander Rovira, Judith Aya de Cifuentes y Margarita María Gómez Gallego¹⁷. El segundo, identificar el impacto de las pensiones de las tres vinculadas y de prestaciones acrecentadas con fundamento en el IBL de un régimen especial, en el sistema pensional colombiano¹⁸. Así lo hizo mediante auto del 10 de marzo de 2017.

Los documentos recogidos en acatamiento de estos requerimientos, fueron puestos a disposición de la partes para efecto de su contradicción desde el 24 de marzo de 2017, conforme el Acuerdo 02 de 2015¹⁹ y el numeral cuarto del auto en cuestión.

¹⁷ Con ese fin se ofició a “la Procuraduría General de la Nación, a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Parafiscal –UGPP- para que suministren la historia laboral y el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio de Judith Cecilia Santander Rovira, Judith Aya de Cifuentes y Margarita María Gómez Gallego.”

¹⁸ Con ese fin se ofició a (i) la “Unidad Administrativa Especial de Gestión Parafiscal –UGPP- para (...) precise sus afirmaciones sobre el impacto en el sistema pensional de los incrementos pensionales reconocidos a Judith Cecilia Santander Rovira, Judith Aya de Cifuentes y Margarita María Gómez Gallego. En particular, (...) deberá explicar en cada caso concreto la razón y la proyección en la que basa su argumento sobre el impacto que tienen las pensiones reconocidas en los tres casos de la referencia, en el sistema pensional” y (ii) a la “Contraloría General de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio del Trabajo y al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FOPEP- para que (...) emitan concepto sobre el impacto efectivo de las pensiones reconocidas por una vinculación de duración reducida en cargos mayor jerarquía y remuneración, mediante la aplicación del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, en el sistema de pensiones”.

¹⁹ “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”.

4.4. En respuesta a esa decisión, se recibieron las siguientes comunicaciones:

a) Sobre la historia laboral y las sumas devengadas por cada una de las vinculadas en los expedientes acumulados.

4.4.1. Al respecto, la **Procuraduría General de la Nación** remitió la historia laboral de Judith Cecilia Santander Rovira y Judith Aya de Cifuentes. Aclaró que no dispone de la información sobre la señora Gómez Gallego, quien no hizo parte del Ministerio Público.

En extenso presentó la historia laboral de la señora Judith Ata de Cifuentes, en la que se incluyen, nombramientos, solicitudes de vacaciones y demás desde el 16 de junio de 1971. Incluyó su historia de trabajo en la que se detallan los ingresos que recibió en la entidad. Dando alcance a su primera comunicación, el 5 de abril siguiente, precisó los sueldos devengados por la pensionada cuando se desempeñó en esa entidad.

4.4.2. La **Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura** comunicó que en relación a la señora Santander Rovira y a la señora Gómez Gallego, trasladó por competencia la solicitud a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y a la de Medellín, respectivamente. Dichas entidades guardaron silencio en relación con lo solicitado.

Respecto de Judith Aya de Cifuentes, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura emitió constancia del 21 de marzo de 2017 en la que detalla las sumas devengadas por ella en el periodo comprendido entre 1992 y 2000.

El 17 de abril de 2017, esta entidad remitió a la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación en que informó a cada una de las seccionales involucradas, sobre el requerimiento efectuado.

4.4.3. La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-** remitió cada uno de los expedientes pensionales de las tres vinculadas, el 17 de marzo de 2017. Aclaró que, dada su naturaleza jurídica y su ámbito de competencias, no dispone de la historia laboral de cada una de ellas, de modo que presenta la información con la que cuenta. Incluyó el expediente laboral desde el momento de presentación de la solicitud de reconocimiento pensional de cada una de las afectadas.

La señora **Aya de Cifuentes** según el expediente pensional aportado, solicitó el reconocimiento de su pensión el 23 de febrero del año 2000 y aportó para tal efecto constancia sobre lo devengado desde 1992 hasta 2000.

Señaló la resolución que le concedió el derecho pensional, el hecho de que adquirió estatus pensional el 10 de octubre de 1991²⁰. En virtud de ello el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encontró que la situación de la accionante ya se encontraba consolidada para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que los topes del nuevo régimen no le eran aplicables. Confirmada la decisión del tribunal por el Consejo de Estado, la interesada se orientó a perseguir el cumplimiento del fallo.

Con ocasión de la sentencia C-258 de 2013 para el 15 de julio de ese año se le comunicó a la señora Aya que su prestación sería ajustada a los topes allí previstos, como quiera que su mesada superaba para entonces los 25 salarios mínimos. La solicitud de la incorporación de la novedad de la limitación de su mesada, tuvo lugar el 20 de enero de 2015, pues el 5 de agosto de 2013 fue controvertida esa determinación por la pensionada afectada.

Antes de ello, el 25 de marzo de 2014 se efectuó un estudio sobre el expediente pensional de la señora Aya, suscrito por el ahora apoderado de la UGPP. En su análisis concluyó que la norma que le era aplicable es la Ley 33 de 1985 cuyo monto pensional es el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio.

En el expediente de la señora Judith Aya figura una comunicación de CAJANAL EICE En Liquidación del 20 de septiembre de 2012, con la referencia *“Remisión de expedientes pensionales para inicio de acciones judiciales. Uso abusivo de beneficios propios del régimen de transición”*. Dicho documento fue remitido a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y contenía los nombres de la señora Aya y la señora Santander Rovira. Esa última entidad, luego de analizar los casos depuró los mismos y remitió al Liquidador de CAJANAL un listado de los casos que encontró problemáticos en oficio DDJ-2013-3000398 del 15 de febrero de 2013; entre ellos se enlistaban nuevamente los casos de la señora Aya y el de la señora Santander Rovira.

La propuesta de la Agencia era el inicio de las acciones de lesividad correspondientes o de las acciones judiciales del caso. El criterio para alertar sobre estos casos fue *“la duración del nombramiento corto, en todo caso inferior a 3 meses”*. Junto con las mesadas de las pensionadas vinculadas a esta acción, se encuentran 13 personas más.

Según su expediente, la señora **Santander Rovira** presentó solicitud de reconocimiento pensional en mayo del año 2000. La Dirección Seccional de Administración judicial del Magdalena certificó lo devengado por la pensionada de 1994 a 2000. Con fundamento en ello CAJANAL reconoció una pensión cuya liquidación fue objetada por la interesada, bajo el argumento de

²⁰ A pesar de que en el expediente figura como fecha en consolidó el derecho pensional el 5 de febrero de 1992, el Consejo de Estado se pronunció de fondo al respecto, para concluir que lo hizo antes de ese momento, concretamente el 10 de octubre de 1991.

que para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 ella ya había cumplido los requisitos para acceder a la pensión, de modo tal que no le era aplicable el sistema que entraba a regir dicha norma.

Según lo afirmó la ahora pensionada, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, *“quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.”*. Con fundamento en ello, solicitó la aplicación entre otros del Decreto 546 de 1971, pues cumplió la los requisitos de acceso a la pensión el 4 de junio de 1993.

Para sustentar su petición presentó constancia emitida el 19 de febrero de 2001 por la Dirección Seccional de Administración Judicial del Magdalena, en la que se destaca que la señora Santander recibió durante el año 2000 un sueldo mensual de \$3.311.538 durante el 1° y el 31 de enero y entre el 10 de marzo y el 31 de diciembre. Durante el periodo del 1° de febrero al 9 de marzo, recibió remuneración mensual de \$7.396.235.

Intentó en varias oportunidades el incremento de su mesada pensional sin éxito por vía administrativa. Lo consiguió mediante fallo judicial, del que constantemente buscó cumplimiento según obra en el expediente incluso en el desarrollo del proceso de liquidación del que solicitó ser parte.

El expediente de la señora Santander Rovira fue entregado a la UGPP el primero de junio de 2012, conforme el acta de entrega N°363. Para su sustanciación fue remitido el 29 de enero de 2013. Su entrega se encuentra seguida de una comunicación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fechada el 15 de febrero de 2013, en la cual se da cuenta de 15 casos seleccionados, entre los que está el de esta pensionada, al haber obtenido incrementos en la mesada pensional con fundamento en nombramientos cortos. Se encuentra relacionada la señora Santander y la señora Aya.

Finalmente, en lo que atañe a la señora **Gómez Gallego**, su expediente pensional deja ver que laboró para la Rama Judicial desde el 10 de octubre de 1979 como Juez 27 Penal Municipal de Medellín, momento desde el cual se certifican los valores devengados por ella hasta el año 2004.²¹

Adicionalmente, conforme el expediente y lo resuelto por CAJANAL -sin controversia por parte de la interesada-, adquirió estatus pensional el 18 de mayo de 2004, por lo que la prestación fue liquidada inicialmente con

²¹ Adicionalmente, en forma extemporánea, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín (Antioquia) certificó el tiempo de servicio y los factores salariales asociados a la historia laboral de Margarita María Gómez Gallego entre el año 1979 y 2006. La comunicación remisoria data del 22 de marzo de 2017 y fue recibida en esta Corporación el 13 de julio de 2017.

fundamento en la Ley 100 de 1993 y del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio. Sobre la necesidad de aplicar el régimen especial en su caso puntual, se manifestó y sustentó los recursos de la vía gubernativa que presentó. Posteriormente, la interesada desplegó actividad ante CAJANAL En Liquidación, para solicitar el cumplimiento de un fallo ordinario que accedió a sus pretensiones de reliquidación pensional.

Según consta en los documentos aportados, el expediente pensional de la señora Gómez fue entregado a la UGPP el 11 de abril de 2012, mediante acta N°269. Y para su análisis fue entregado al 29 de abril de 2013.

4.4.4. Con base en la información de la que dispone y dando alcance a la comunicación aportada el 17 de marzo de 2017, en cada uno de los casos analizados, la UGPP presentó en forma comparativa²² la relación entre las prestaciones reconocidas por los juzgados accionados, el IBL y el monto pensional aplicado para reliquidar las prestaciones y las sumas que debieron ser reconocidas efectivamente, “*como debía realizarse la liquidación en derecho*”. Encontró un aumento en cada uno de los asuntos, así²³:

Pensionada	Liquidación judicial		Liquidación en derecho		Mesada pensional		
	IBL	Monto pensional (*75%)	IBL	Monto pensional	Percibida en 2017	Liquidada en derecho	Diferencia a Detrimento mensual
Judith Aya de Cifuentes	\$17.442.071	\$13.081.553	\$11.179.809	\$8.384.857 Con tope: \$5.202.000	\$18.442.925	\$8.384.857	\$7.636.401
Judith Cecilia Santander Rovira	\$7.930.606	\$5.947.954	\$4.610.110	\$3.457.582	\$12.716.108	\$7.441.049	\$5.575.058
Margarita María Gómez Gallego	\$5.098.961	\$3.824.220	\$3.567.411 (sic.)	\$2.675.280	\$6.755.960	\$4.243.694	No incluyó información

²² La documentación aportada por la UGPP presenta cierta desorganización, que impide aproximarse con certeza a la información. El mayor problema que tiene la comunicación del 23 de marzo de 2017 en la que recoge estos datos, es la superposición de la información y la falta de legibilidad de algunas conclusiones de la UGPP en cada caso concreto.

²³ Información tomada de lo manifestado por la UGPP en comunicación del 23 de marzo de 2017.

4.4.5. Ninguna de las tres pensionadas vinculadas aportó elementos de juicio para dilucidar este aspecto ni controvirtió la información o documentación enviada por los demás intervinientes, pese a que la información recaudada fue puesta a su conocimiento²⁴.

4.5. En sesión del 12 de octubre de 2017, la Sala Plena de esta Corporación, reconstituida y con la participación de sus nueve magistrados titulares, debatió una tercera versión del proyecto y se propusieron ajustes y modificaciones al mismo, acogidas en esta sentencia.

b) Sobre el impacto de las pensiones reliquidadas con base en el IBL de los regímenes especiales.

4.5.1. La **Contraloría General de la República** manifestó que su labor de control fiscal se concretó respecto de la UGPP, en el marco de su plan de Vigilancia y Control Fiscal del primer semestre de 2015. En la auditoría de gestión que desarrolló en ese año, recibió noticia por parte del Ministerio del Trabajo sobre irregularidades en relación con las pensiones gracia. Recibida la información del caso y dado su volumen, se inició una actuación especial de fiscalización. Como consecuencia de su desarrollo, se estableció que en esa entidad se habían hecho reconocimientos pensionales en forma irregular, con ocasión de los cuales se originó una afectación económica al patrimonio por “\$17 mil 766 millones de pesos”.

Aportó el informe en cuestión para el análisis de esta Corporación. Sin embargo éste versa sobre 5 hallazgos relativos a pensiones gracia reconocidas en Magangué, Cartagena y el Chocó. Nada tiene que ver con la discusión que se ventila en esta ocasión.

4.5.2. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** advirtió que el reconocimiento de pensiones como las que perciben las tres pensionadas vinculadas afecta al sistema pensional en forma desmesurada.

Explicó que el Decreto 546 de 1971 contenía privilegios para los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público, en la medida en que les permitía acceder a una pensión estimada con arreglo a un ingreso base de liquidación igual al 75% de la asignación más alta del último año de servicios. Dada esta posibilidad una persona que haya desempeñado en forma fugaz un cargo de mayor remuneración, obtendría una mesada pensional incompatible con su historia laboral.

Para dicho Ministerio en casos como los que se analizan es preciso acudir a la interpretación de la Corte Constitucional, según la cual el régimen de transición no cobija al IBL. De este modo, no existe posibilidad de liquidar pensiones con

²⁴ Auto del 10 de marzo de 2017. Numeral cuarto de la parte resolutive.

el IBL de un régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993. Solo es aplicable el IBL del que trata el artículo 36 de esta última norma, de conformidad con las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

En los casos de la referencia, la tasación del IBL, de conformidad con la normativa especial, concretamente con el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 generó incrementos pensionales de entre el 44% y el 101%. Según lo condensó en un cuadro²⁵, el Ministerio encontró que la emisión de los fallos judiciales que accedieron a la reliquidación de la mesada pensional de cada una de las personas vinculadas, incrementó en forma considerable en el número de salarios mínimos devengados por cada una ellas, del siguiente modo:

Pensionado	Mesada inicial	Mesada después de los fallos	Diferencia	Incremento %
	(1)	(2)	(3)= (2)-(1)	(4)
Judith Aya de Cifuentes ²⁶	20,00	40,19	20,19	101%
Judith Cecilia Santander Rovira	13,64	19,65	6,01	44%
María Margarita Gómez Gallego	5,94	9,75	3,81	64%

En términos monetarios presenta los valores adicionales pagados a las tres personas vinculadas a los expedientes, en millones de pesos, así²⁷:

Pensionado	Costo adicional de las mesadas	Costo adicional por retroactivos	Costo adicional actuarial de pagos futuros	Costo adicional total
	(1)	(2)	(3)	(4)= (1)+(2)+(3)
Judith Aya de Cifuentes ²⁸	2188,3	2181,3	912,1	5281,8
Judith Cecilia Santander Rovira	798,9	1182,6	695,2	2676,7
María Margarita Gómez Gallego	226,5	412,9	628,3	1267,7

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público denunció que la cantidad de salarios mínimos adicionales pagados mes a mes es de 30. Adujo que con esos recursos el Estado podría financiar auxilios periódicos vitalicios para 567

²⁵ Cuaderno de revisión. Folio 73.

²⁶ Se aclara que la prestación fue sometida a los topes previstos en la Sentencia C-258 de 2013.

²⁷ Cuaderno de revisión. Folio 73 vto.

²⁸ Ídem

adultos mayores de escasos recursos, en el marco del Programa Colombia Mayor. De la información recaudada por esa cartera ministerial, de las bases de datos del FOPEP y de aquella suministrada por esta Corporación con el auto de pruebas, pudo deducir que el impacto de estas tres pensiones para el sistema es de 9.226 millones de pesos, de los que 2.236 corresponden a pagos futuros, sustentados en el cálculo actuarial que hizo en el caso de cada una de las pensiones cuyo monto cuestiona la UGPP en esta oportunidad.

Finalmente informó que de un análisis sobre el impacto que tienen los regímenes especiales de la Contraloría, la Defensoría, la Fiscalía, Medicina Legal, la Procuraduría y la Rama Judicial, en los que se presenta con mayor frecuencia lo que denominó carruseles pensionales, de 45.000 personas con posibilidad de obtener una ventaja como la que la UGPP denuncia en estos tres casos, se estima que 21.000 podrán demandar al Estado para lograr un incremento en la mesada. Para este Ministerio, el desconocimiento del precedente de la Corte que excluye el IBL del régimen de transición, podría costar cerca de \$23,5 billones de pesos, que equivalen al 2,59% del PIB.

4.5.3. Por su parte el **Ministerio del Trabajo** recalcó que la normativa contenida en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, admitía la posibilidad de que el IBL aumentara por nombramientos con una duración mínima, en algunos casos incluso de tan solo un mes. En su criterio, este tipo de pensiones genera un alto impacto para la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en sustento de lo cual aportó la misma información tabulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Además alude a un estudio de impacto conforme el cual estos reconocimientos generan incrementos porcentuales importantes en las mesadas, que comprometen los recursos públicos.

4.5.4. El **Consortio FOPEP** se manifestó en el sentido de que es el Ministerio del Trabajo quien debe comparecer al proceso para resolver los interrogantes planteados.

4.5.5. Finalmente la **UGPP** adujo que el reconocimiento de las pensiones en estos tres casos acumulados genera un grave detrimento patrimonial. Para la entidad, implicó un menoscabo económico que asciende a \$3'313.081.826,08. La causa directa de aquel es la existencia de decisiones judiciales que avalan vinculaciones precarias, desconocen los topes pensionales e incluyen en el régimen de transición el IBL.

En consideración de lo anterior solicitó a la Sala Plena de la Corte Constitucional dictar una sentencia de unificación en la que se imponga la obligación de contener la afectación al sistema pensional, que se genera mes a mes.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 61 del Reglamento interno de esta Corporación, la Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para decidir el presente asunto.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Para efectos de discernir el asunto central que se debate, es importante recordar que la accionante, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–, aseguró que las decisiones judiciales que resolvieron incrementar las mesadas pensionales de (1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego, comprometieron sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por aplicar una interpretación normativa que abandonó los principios generales del sistema de seguridad social en pensiones, en especial el de solidaridad, y por servir como sustento de mesadas pensionales incompatibles con la trayectoria laboral de aquellas. Hizo énfasis en que en razón de vinculaciones precarias en el tiempo, dichas pensionadas obtuvieron una ventaja irrazonable.

En los dos primeros casos la afectación de los derechos de la entidad accionante se atribuye al hecho de que las vinculaciones precarias de las señoras (1) Judith Cecilia Santander Rovira y (2) Judith Aya de Cifuentes en cargos de mayor jerarquía y remuneración, se tuvieron en cuenta para efecto de reliquidar su pensión, cuando ello socava la estabilidad financiera del sistema y el principio de solidaridad. Lo anterior en la medida en que el régimen que les es aplicable es anterior a la Ley 100 de 1993, a cuya entrada en vigencia ambas pensionadas ya habían adquirido estatus pensional.

En el tercer y último caso, la afectación surge de la aplicación ultractiva de las reglas sobre índice base de liquidación del régimen especial de la accionante, cuando lo que procedía era la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Con ocasión de este yerro sustantivo, para la accionante, la vinculación precaria de la señora (3) Margarita María Gómez Gallego, incrementó la mesada pensional a la que tenía derecho, en desmedro del sistema pensional y de los mismos principios alegados en los dos primeros casos.

La accionante acudió al juez constitucional porque considera que además del compromiso de su derecho al debido proceso, se encuentra altamente comprometida la estabilidad financiera del sistema pensional. Pretende que mediante acción de tutela se dejen sin efectos cada uno de los fallos que emitió la jurisdicción ordinaria (laboral y contencioso administrativa) y las resoluciones que les dieron cumplimiento.

Los jueces de instancia argumentaron la improcedencia formal y material de las solicitudes de amparo que formuló la Unidad Administrativa Especial de

Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- por (i) no satisfacer el requisito de inmediatez; (ii) no observar el carácter subsidiario de la acción de tutela al no haber acudido a los mecanismos procesales dispuestos para dar el debate que ahora propone; y, (iii) no poder predicar ni un defecto material ni el desconocimiento del precedente por parte de los funcionarios judiciales que decidieron, en la jurisdicción ordinaria, reliquidar la pensión de (1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego.

3. La Sala considera que debe establecer si ¿es procedente la acción de tutela cuando es promovida por la UGPP para controvertir decisiones judiciales proferidas antes del 12 de junio de 2013, por considerarlos obtenidos mediante abuso del derecho, a pesar de la existencia del recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, esta sentencia hará un análisis sobre la procedencia formal de las acciones de tutela, en relación con (i) la legitimación por activa de las entidades públicas para la defensa de sus derechos mediante la acción de tutela; (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales y, (iii) con ocasión del conjunto de requisitos generales que ha conformado esta Corporación, recordará el estado de cosas inconstitucional decretado en el caso de CAJANAL y, a partir de él, los lineamientos fijados sobre a la procedencia de acciones de tutela formuladas por la UGPP contra decisiones judiciales que condenaron a CAJANAL a pagar pensiones obtenidas con abuso del derecho, proferidas antes de sucederle, esto es antes del 12 de junio de 2013.

Tras el análisis de cada uno de estos aspectos la Sala determinará si en los casos concretos la acción de tutela es procedente, para lo cual establecerá cuándo se configura un abuso del derecho y cuándo éste surge en forma palmaria, como mecanismo para determinar en qué casos es admisible que el juez constitucional desplace al juez ordinario de revisión.

En una segunda parte de la decisión, las acciones de tutela que sean consideradas procedentes serán evaluadas de fondo, para establecer si las decisiones judiciales cuestionadas comprometen los derechos de la UGPP al haber incurrido en un defecto sustantivo o haber desconocido el precedente constitucional.

PRIMERA PARTE: Análisis formal de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa de las entidades públicas para formular acciones de tutela

4. Al igual que las personas naturales, las personas jurídicas, por mandato constitucional recogido en el artículo 86 de la Carta Política, tienen la facultad de interponer acción de tutela cuando consideren que sus derechos

fundamentales se encuentran comprometidos, pues “*el término ‘persona’ inserto en [él] (...), comprende tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, ya que la norma no (...) realiza ninguna distinción entre ellas*”²⁹. En ese sentido el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la tutela “*podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales*”.

Esta Corporación ha destacado que las personas jurídicas (e incluso a aquellas sometidas al derecho público³⁰) son titulares de derechos fundamentales, *indirectamente* cuando se pretende la protección de las garantías constitucionales de sus asociados o *directamente* cuando pretendan ejercer o reivindicar un derecho cuya titularidad pueda serle atribuido a ellas³¹.

En este punto es importante señalar que, dada la naturaleza y conformación de las personas jurídicas, el catálogo de derechos fundamentales que pueden invocar en su favor es más reducido respecto de aquel que tienen las personas naturales.

Esto se explica porque algunos derechos fundamentales sólo pueden ser atribuidos a la condición humana, como “*por ejemplo, el derecho a la vida, a la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a la intimidad familiar*”³², como también lo son el derecho a la dignidad humana, a la intimidad personal y a la honra, en tanto “*solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad*”³³.

5. La titularidad de los derechos fundamentales en cabeza de las personas jurídicas y, entre ellas, de las entidades públicas, implica sin duda la posibilidad de exigir su protección ante el sistema de administración de justicia.

En principio, es el representante legal de la entidad quien se encuentra legitimado para acudir al juez de tutela³⁴. Sin embargo, puede hacerlo a través de “*funcionarios distintos cuando así lo dispongan las normas que definan su estructura, o a través de apoderado*”³⁵.

6. Ahora bien, las tres acciones de tutela que son objeto del presente estudio constitucional fueron formuladas en nombre de la UGPP, por su Subdirector Jurídico Pensional, Salvador Ramírez López. Él aportó los poderes generales

²⁹ Sentencia SU-447 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁰ Ver entre otras las sentencias T-317 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-019 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³¹ Sentencia C-003 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³² Sentencia T-317 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Sentencia T-275 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁴ Sentencia T-019 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

³⁵ Sentencia SU-447 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

que le habilitan para actuar en representación de los intereses de la entidad accionante³⁶. En consecuencia la legitimación por activa, en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra plenamente comprobada y en esa medida resulta imperioso continuar con el análisis de las acciones de tutela de la referencia.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales

7. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución es un mecanismo excepcional previsto para que toda persona pueda hacer frente a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de los que es titular, con ocasión de la conducta, positiva u omisiva, de cualquier autoridad pública y, en algunos eventos, de los particulares.

En desarrollo de dicho precepto constitucional, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 establecieron, en un principio, la posibilidad de que las decisiones judiciales que comprometieran derechos fundamentales, fueran susceptibles de control constitucional por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante la **Sentencia C-543 de 1992**³⁷ declaró la inexecutable de los referidos artículos. En ese fallo la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, de ahí que solo procedía el remedio constitucional cuando se tratara de proteger derechos fundamentales ante vías de hecho judiciales.

Sin embargo, en una vasta línea jurisprudencial al respecto, desde 1993 esta misma sede judicial ha reconocido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. La ha condicionado a la identificación de varios factores que limitan su interposición y la reducen a casos excepcionales, en que el juzgador se aparta de los designios constitucionales, de la ley o la sana crítica, y con ello afecta las garantías constitucionales de las partes o de los interesados en un proceso judicial, a pesar de todos los esfuerzos de los afectados por controvertir tal determinación con las herramientas que encuentran en el procedimiento ordinario.

Ese fue el razonamiento que inspiró, en su momento, la teoría de las vías de hecho³⁸ y que ahora sustenta el conjunto de requisitos generales y especiales en la materia³⁹, que como serán explicados a continuación, permiten al juez constitucional averiguar y determinar si se compromete el debido proceso con

³⁶ En el expediente (i) T-5.574.837 el mismo se encuentra en los folios 49 y siguientes de cuaderno principal, en el expediente (ii) T-5.631.824 a partir del folio 59 del primer cuaderno y en el expediente (iii) T-5.640.742 en el folio 58 y siguientes del cuaderno 1.

³⁷ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁸ Inicialmente en la Sentencia C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se reconoció la posibilidad de que la autoridad judicial llegara a desconocer los derechos de los asociados mediante conductas que calificó como vías de hecho.

³⁹ Tales requisitos especiales y generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencia fueron estructurados a partir de la Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

la emisión de una sentencia, sin quebrantar los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, autonomía e independencia judicial⁴⁰.

En el contexto aludido, la armonización de los derechos fundamentales y principios como la seguridad jurídica y la cosa juzgada, implicó el establecimiento de requisitos de procedencia, de riguroso análisis. Se dividen en dos grupos, uno general y otro específico. El primero será analizado en esta primera parte de la sentencia y al segundo se hará alusión en el análisis sustancial de las acciones de tutela que se revisan.

Requisitos generales

8. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, son que (i) **la cuestión sea de relevancia constitucional**, de forma que rotunda e inconfundiblemente, verse sobre los derechos fundamentales de las partes que hayan participado del proceso en que se dictó la decisión; (ii) **se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del actor** para oponerse a la decisión judicial que acusa por vía de tutela; (iii) **se cumpla el principio de inmediatez** o que la acción se haya interpuesto en un término razonable; (iv) **la irregularidad procesal sea decisiva en el proceso**, en caso de que sea alegada y resulte verdaderamente lesiva de las garantías constitucionales que les asisten a las partes; (v) **se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales** esto es que la parte accionante precise en forma clara y contundente la acusación sobre la decisión judicial; y que (vi) **no se trate de una tutela contra una sentencia que haya definido, a su vez, una acción de tutela.**⁴¹

La satisfacción de todos y cada uno de estos requisitos generales abre al juez constitucional la posibilidad de proseguir con el análisis y de definir el asunto que se le plantea. Por el contrario, la inobservancia o el incumplimiento de uno solo de ellos basta para impedirlo y sustraer el debate del conocimiento del juez de tutela. En ese último caso ha de declararse la improcedencia de la acción de tutela, sin que el estudio pueda trascender al fondo del debate.

9. En los tres casos que en esta oportunidad se analizan, se satisface la mayor parte de requisitos generales de procedencia. En todos (i) la cuestión es de relevancia constitucional por cuanto se contrae al análisis sobre la supuesta vulneración al debido proceso y al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la UGPP, que pasó a representar los intereses de la demandada en el proceso en el que se dictó la providencia judicial cuestionada. Además (v) se identificaron en forma razonable los hechos que generaron, según la accionante, la vulneración de los derechos sobre los que

⁴⁰ Sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴¹ Sentencia SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

busca protección y (vi) no se cuestionan sentencias de tutela. Finalmente, (iv) a ninguna de las decisiones judiciales se le atribuyó una irregularidad procesal.

Sin embargo, comoquiera que en casos en los que la UGPP ha formulado acciones de tutela como sucesora de CAJANAL, la Corte Constitucional ha establecido parámetros especiales para el análisis de la procedencia de la acción, respecto de los principios de (iii) inmediatez y (ii) subsidiaridad, a continuación se hará alusión a ellos, con el fin de evaluar los asuntos que se revisan desde esa óptica particular.

Antes de referir las reglas en mención, la Sala estima conveniente hacer un balance sobre el estado del debate alrededor de la procedencia de las acciones de tutela de esta naturaleza. Ello permitirá identificar los temas que han rodeado la discusión, para clarificar cuáles ya han sido definidos y en qué otros es necesario precisar algún aspecto.

Una vez hecho lo anterior se procederá a destacar, en forma conclusiva, los parámetros actuales que ayudarán al juez constitucional a establecer cuándo una acción de tutela formulada por la UGPP contra decisiones judiciales proferidas contra CAJANAL, por presunto abuso del derecho, es procedente aunque, a primera vista, no satisfaga los requisitos de subsidiaridad e inmediatez.

La discusión sobre los principios de inmediatez y subsidiaridad en acciones promovidas por la UGPP contra sentencias proferidas antes de la liquidación definitiva de CAJANAL.

10. En 1998, esta Corporación se pronunció sobre la situación de CAJANAL en varias sentencias de tutela⁴². Para entonces encontró que esa entidad estaba en imposibilidad material de atender sus funciones en forma adecuada y oportuna, en lo que al trámite y reconocimiento de pensiones se refiere. Ello sin duda afectaba a las personas que estaban a la espera del reconocimiento de prestaciones pensionales por parte de esa entidad.

Inicialmente, en la **Sentencia T-068 de 1998**⁴³ se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional, al advertir el carácter estructural de la ineficiencia e inoperancia administrativa de CAJANAL, misma que propició la interposición masiva de demandas de tutela, sobre todo por vulneración al derecho de petición.

El problema se mantuvo en el tiempo, y como se constató en la **Sentencia T-1234 de 2008**⁴⁴, diez años después de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, CAJANAL aún mostraba falta de capacidad para “atender de

⁴² Sentencias T-068 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-167 M.P. Fabio Morón Díaz y T-439 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*manera oportuna las solicitudes (...), situación que no obstante haber presentado cierta mejoría, todavía significa[ba] que la entidad se demora, en promedio, cinco meses más de los términos legales y jurisprudenciales para resolver de fondo las solicitudes”*⁴⁵. El ECI nunca fue superado por esa entidad y el proceso de liquidación de CAJANAL fue consecuencia directa de sus dificultades administrativas⁴⁶.

11. La necesidad de dar respuesta a las personas que se encontraban afiliadas a CAJANAL era apremiante, por lo que mediante el Decreto 2196 de 2009⁴⁷ el Gobierno Nacional ordenó su liquidación y supresión.

Adicionalmente, conforme lo dispuesto en el Decreto Ley 4107 de 2011, las funciones de CAJANAL serían asumidas por la UGPP a más tardar el 1° de diciembre de 2012⁴⁸, plazo que fue prorrogado hasta el 11 de junio de 2013 mediante el Decreto 877 de 2013⁴⁹.

En consecuencia, la UGPP inició el proceso de sustitución de las funciones de CAJANAL en diciembre de 2012, pero la representación y la sustitución procesal de esta última entidad solo sucedió a partir el 12 de junio de 2013.

12. En 2014, luego de asumir la defensa judicial de los intereses de la extinta CAJANAL, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- formuló varias acciones de tutela que fueron seleccionadas para revisión de esta Corporación. Al analizarlas, la Corte Constitucional a través de sus distintas Salas de Revisión llegó a conclusiones distintas sobre la satisfacción de los requisitos de inmediatez y subsidiaridad de los reclamos de la UGPP.

La discusión no ha sido pacífica y pueden distinguirse dos posturas razonables opuestas. La primera sostiene que dadas las barreras que encontró CAJANAL al haber entrado en un estado de cosas inconstitucional, no le son exigibles los requisitos de inmediatez y subsidiaridad a la UGPP con la misma rigurosidad que a otras personas que pretenden atacar por vía de tutela una decisión judicial. Entretanto, la segunda plantea que la flexibilización de las exigencias de procedencia no debe aplicarse a la UGPP, en la medida en que no es un sujeto de especial protección y las prestaciones ordenadas por los jueces, a

⁴⁵ Sentencia T-1234 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁶ Según los incisos quinto y sexto de las consideraciones del Decreto 2196 de 2009, se recogió que *“Que la Corte Constitucional mediante Sentencia T-1234 de 2008, concluyó que no se ha superado el estado de cosas inconstitucional, ‘lo cual implica que las autoridades competentes deben tomar los correctivos’. // Que por todo lo anterior, las evaluaciones de la gestión administrativa de la entidad aconsejan la supresión y liquidación de Cajanal, EICE.”*

⁴⁷ *“Por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones.”*

⁴⁸ Decreto Ley 4107 de 2011. *“Artículo 64. Cajanal EICE en liquidación continuará realizando las actividades de que trata el artículo 3° del Decreto 2196 de 2009 hasta tanto estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, a más tardar el 1° de diciembre de 2012. (...)”*

⁴⁹ *“Por el cual se prorroga el plazo de liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL El CE en Liquidación y se dictan otras disposiciones”.*

pesar de ser periódicas, no pueden leerse desde la óptica del derecho fundamental a la seguridad social.

A continuación se presentan los argumentos centrales de la discusión sobre la procedencia de la acción de tutela en casos como los que acá se analizan.

12.1. *Primera postura.* En la **Sentencia T-546 de 2014**⁵⁰, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, analizó la suspensión judicial de los descuentos a favor del sistema de seguridad social en salud, sobre pensiones gracia. La aludida suspensión fue ordenada mediante sentencias que decretaron la nulidad de los actos administrativos que imponían los descuentos. Estas sentencias fueron emitidas el 22 de julio, 10 de agosto y 16 de diciembre de 2010.

En ese momento se consideró que la UGPP estuvo en “*imposibilidad jurídica y material para interponer la acción en un término menor*”, si se tiene en cuenta que hasta el 11 de junio de 2013 pudo asumir la defensa de CAJANAL. Se reconoció en la mencionada sentencia que la situación de inoperatividad administrativa de CAJANAL generaba una “*circunstancia especialísima*” que implicaba, además de la falta de oportunidad en la respuesta a los casos pensionales que tenía a su cargo, una reducida capacidad institucional para responder a las demandas judiciales que los afiliados promovieron en su contra para lograr el reconocimiento de sus prestaciones pensionales y respuesta a sus reclamaciones⁵¹. Por tanto, era preciso flexibilizar los requisitos de subsidiaridad⁵² e inmediatez⁵³ de la acción de tutela, como en efecto se hizo.

Así en ese entonces la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional conoció el fondo del asunto sometido a su consideración. Al establecer si “*el descuento del doce por ciento para salud practicado a (...) beneficiarios de la pensión gracia, era legal*”, como lo habían estimado los jueces accionados, encontró un notorio defecto en la interpretación que aquellos hicieron. Los jueces accionados en esa oportunidad tuvieron por establecido, sin estarlo, que los demandantes tenían derecho a tal descuento sin respaldo en la ley, según la **Sentencia T-359 de 2009**. Entonces, ante la transgresión al principio de igualdad y la violación del debido proceso que supuso el desconocimiento del precedente, esa Sala resolvió dejar sin valor ni efecto las sentencias

⁵⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵¹ Sentencia T-546 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵² Ídem. “*esta Corporación encuentra probada la existencia de una circunstancia especialísima que privó a CAJANAL, hoy UGPP, de la posibilidad de agotar o utilizar todos mecanismos ordinarios de defensa (...), lo cual está soportado en el estado inconstitucional de las cosas y el desorden administrativo existente en la entidad para la época en que se profirieron los fallos de tutela previamente referenciados, que no sólo comprometieron las respuestas a los derechos de petición, sino también la actividad procesal de dicha institución. Por tanto, en el caso en estudio, la Corte encuentra una justificación admisible que evitó que fueran agotados la totalidad de los medios ordinarios de defensa judicial*”.

⁵³ Ídem. “*la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante es permanente por tratarse del pago de prestaciones periódicas, lo anterior sumado a la situación especialísima derivada en que la UGPP sólo asumió las funciones de defensa judicial de CAJANAL el 11 de junio de 2013, por lo tanto se observa que frente a la oportunidad de la tutela objeto de estudio no estamos en presencia de una desidia de la Administración sino ante la imposibilidad jurídica y material para interponer la acción en un término menor.*”

cuestionadas, para que en su lugar se profiriera nueva decisión en los casos acumulados que se analizaron.

Con apoyo en la **Sentencia T-546 de 2014**, la **Sentencia T-835 de 2014**⁵⁴ al resolver un caso sobre la misma materia, consideró que la afectación de los derechos de la UGPP es permanente en el tiempo por “*tratarse del pago de prestaciones periódicas*”. Se consideró procedente la acción de tutela, se dejaron sin efectos las decisiones judiciales atacadas⁵⁵ y se ordenó la emisión de nuevas sentencias. Posteriormente, la **Sentencia T-581 de 2015**⁵⁶ adoptó determinaciones en el mismo sentido y bajo similares argumentos.

Recientemente la Sala Tercera de Revisión, al asumir el conocimiento de un caso que guarda relación de identidad con los que ahora se analizan⁵⁷, profirió la **Sentencia T-060 de 2016**⁵⁸. En ella retomó los criterios expuestos en la **Sentencia T-546 de 2014**, de tal suerte que los principios de inmediatez y subsidiaridad fueron analizados en forma flexible, dadas las condiciones en las que se encontró CAJANAL y que originaron la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. Se concluyó que la acción satisfacía todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

No obstante, al analizar el defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente alegados por la UGPP, la Sala de Revisión encontró por la temporalidad en que fueron proferidos los fallos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no le era imputable ninguno de dichos defectos. La posición mayoritaria de la Sala llamó la atención sobre el hecho de que el principio de sostenibilidad financiera fue incorporado a la Constitución luego de emitidos los fallos censurados, como también la **Sentencia C-258 de 2013**.

Entonces, en uso de facultades *extra* y *ultra petita* la mayoría de la Sala que dictó la **Sentencia T-060 de 2016**, se concentró en resolver si “*¿es posible aplicar el precedente de reanudación de los términos para controvertir las pensiones reconocidas con abuso de derecho o fraude a la ley mediante el ejercicio del recurso extraordinario de Revisión -art. 20 Ley 797 de 2003- a las pensiones causadas en el régimen especial de transición previsto en el Decreto 546 de 1991, y, con ello amparar el derecho al acceso a una efectiva administración de justicia vulnerado a la UGPP?*”.

⁵⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁵ Del “(i) veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Martha Isabel Silva Niño en contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE- en liquidación; y (ii) doce (12) de agosto de dos mil diez (2010) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por María Eddy Fuentes de Rincón en contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE- en liquidación”

⁵⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁷ CAJANAL EICE reconoció a Humberto Cárdenas Gómez pensión del régimen de transición para los funcionarios de la Rama Judicial, por la suma de \$1.493.012,25. El pensionado, inconforme con el monto reconocido, formuló acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se reliquidara su prestación y no se limitara al tope de 20 smmlv. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió el asunto mediante sentencia del 9 de septiembre de 2004 y en cumplimiento del mismo CAJANAL EICE tasó la mesada del demandante en \$9.195.490,31.

⁵⁸ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Concluyó que las directrices fijadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013**, si bien se limitan al artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fueron empleados por la Sala Plena (en la **Sentencia C-230 de 2015**) y por algunas Salas de Revisión, para evitar ventajas pensionales irrazonables que contrariaban el ordenamiento jurídico. Se declaró la vulneración de los derechos de la accionante y la reapertura de los términos para el ejercicio de la defensa judicial a través del recurso de revisión, a partir de la notificación de esa providencia.

12.2. *La segunda postura.* En oposición al análisis hecho en las citadas providencias, la **Sentencia T-893 de 2014**⁵⁹ destacó que “*la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de Cajanal (...) [no es] una razón suficiente que exculpe por sí sola la falta de agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial (...) y la tardanza en la interposición de la acción de tutela contra la providencia atacada por vía constitucional en esta oportunidad*”. Hizo énfasis en que los criterios de sostenibilidad financiera, a pesar de estar contenidos en la Carta Política, no pueden ser aplicados a casos particulares a través de la acción de tutela.

La **Sentencia T-922 de 2014**⁶⁰ planteó la falta de inmediatez en la formulación del amparo, como quiera que la flexibilidad de los requisitos de procedencia únicamente prospera, en materia pensional, en relación con sujetos titulares del derecho a la seguridad social y al mínimo vital. En lo que atañe a la sostenibilidad financiera destacó que, los criterios que la acompañan no son aplicables a los casos concretos, en la medida en que son de tipo estructural y han de ser aplicados por los poderes ejecutivo y legislativo.

Por su parte, la **Sentencia T-287 de 2015**⁶¹ enfatizó en que “*no se considera como justificación para la tardanza, el hecho que quien interpone la demanda de tutela sea una nueva entidad que asumió las funciones de quién antes fue sujeto de un pronunciamiento en la jurisdicción ordinaria, en el entendido que con el reemplazo de entidad, no se reviven términos*”. La Sala Segunda de Revisión en esa decisión fue enfática en afirmar que eximir o flexibilizar los requisitos de procedencia a favor de las entidades que han experimentado problemas estructurales, implica avalar y promover su negligencia.

Además de haberse expuesto esta postura en las sentencias en cita, también se encuentra consignada en dos salvamentos de voto. Respecto a la **Sentencia T-060 de 2016** una Magistrada de la Sala⁶², en salvamento de voto, recalcó la improcedencia de acciones de tutela como estas. La razón fue que la UGPP puede hacer uso del mecanismo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 hasta el 12 de junio de 2018, si se considera que tiene 5 años para hacerlo desde el momento en que sucedió a CAJANAL. Ante la existencia de ese

⁵⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶¹ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶² S.V. Gloria Stella Ortiz Delgado.

mecanismo de protección principal de los derechos de la entidad accionante, según la postura disidente, el asunto escapa al análisis del juez constitucional, conforme lo impone el principio de subsidiariedad.

Por otro lado, el salvamento de voto a la **Sentencia T-581 de 2015**⁶³ llamó la atención sobre la existencia de esta postura jurisprudencial⁶⁴. Recalcó que tal y como lo precisaron las **Sentencias T-893 de 2014, T-922 de 2014 y T-287 de 2015**, el análisis sobre el principio de inmediatez como del de subsidiariedad, solo puede flexibilizarse cuando quienes formulan la acción de tutela son *“personas que siendo titulares del derecho fundamental a la seguridad social, han tenido que soportar cargas desproporcionadas frente a la especial protección que deben recibir”*.

13. Ante la disparidad de posiciones sobre el particular, el 10 de agosto de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó su criterio mediante la **Sentencia SU-427 de 2016**⁶⁵. El alcance de la unificación no solo versó sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias proferidas durante el Estado de Cosas Inconstitucional de CAJANAL, sino también sobre el alcance de las decisiones de fondo del juez constitucional en la materia.

13.1. En primer lugar es necesario señalar los hechos que rodearon la interposición de la acción de tutela revisada en esa oportunidad. Según lo denunciaba la UGPP, la persona que obtuvo la pensión cuestionada se desempeñó, por encargo durante un mes y 6 días, como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial. A causa de esta nominación incrementó su mesada pensional: inicialmente mediante Resolución del 6 de octubre de 2004 se le reconoció por la suma de \$2.244.817, posteriormente ante el retiro definitivo del servicio de la servidora se estimó en \$2.892.295 reconocidos por CAJANAL en 2006⁶⁶, y finalmente en el año 2008 ascendió a \$11.112.222.

El incremento final de la mesada pensional no obedeció meramente a la conducta de la accionante. Lo ordenaron dos autoridades judiciales ordinarias que tramitaron y decidieron las pretensiones de reliquidación pensional que formuló aquella en contra de CAJANAL, mediante demanda laboral.

La demanda la conoció en primera instancia el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Medellín. Mediante sentencia del 12 de septiembre de 2007, esa sede

⁶³ S.V. Myriam Ávila Roldán

⁶⁴ S.V. Myriam Ávila Roldán a la Sentencia T-581 de 2015. *“Frente a las razones expuestas por la mayoría de la Sala, me aparto de la decisión, esencialmente porque considero que no se cumplen los requisitos de subsidiariedad e inmediatez que se han fijado en precedentes jurisprudenciales idénticos al estudiado en esta oportunidad por la Corte. En efecto, en las sentencias T-882 de 2012, T-893 de 2014, T-922 de 2014 y T-287 de 2015, este Tribunal constitucional revisó las tutelas interpuestas por la UGPP contra providencias judiciales proferidas tras varios años, y en las que no se apeló la decisión. En estos precedentes se expusieron las mismas razones que en el caso que revisó esta Sala para excusar la falta de cumplimiento frente a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.”*

⁶⁵ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁶ Esa determinación tuvo en cuenta el *“77.5% del salario promedio devengado por la afiliada en los últimos 10 años laborados de conformidad con la Ley 100 de 1993”* (Sentencia SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

judicial accedió a las pretensiones de la demandante y, en consecuencia, (i) incrementó su mesada pensional a \$5.513.848 y (ii) le reconoció \$65.576.920 por concepto de retroactivo. La señora Aguilar apeló la decisión para que además que se incluyera en su IBL la bonificación por gestión judicial.

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo de segunda instancia del 13 de junio de 2008, incluyó la bonificación por gestión judicial en el ingreso base de liquidación. La mesada pensional fue estimada en el 85% de la asignación más elevada percibida durante el último año de servicio, según las reglas contenidas en el Decreto 546 de 1971 y se fijó en \$11.112.222.

El 8 de mayo de 2015, la UGPP interpuso acción de tutela en contra de los jueces que definieron el asunto. Argumentó esa entidad que, a través de una vinculación precaria y de una interpretación según la cual el régimen de transición abarcaba el IBL, la pensionada había logrado ventajas irrazonables para sí y en detrimento del sistema de seguridad social en pensiones.

13.2. Sobre la procedencia del amparo, la Sala Plena de la Corte estableció explícitamente que las acciones de tutela contra una decisión judicial, promovidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- ante un presunto abuso del derecho por parte del pensionado⁶⁷ y en defensa del sistema de seguridad social en pensiones, deberán considerarse improcedentes, no por incumplimiento del requisito de inmediatez sino de cara al principio de subsidiaridad.

Para llegar a esa conclusión, previamente la Sala consideró que entre las autoridades legitimadas para promover el recurso de revisión ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia está la UGPP. Aunque el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 establece que, ante la ocurrencia de cualquiera de las causales del recurso extraordinario de revisión⁶⁸ son el “*Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación*”, quienes pueden formular el recurso de revisión de las sentencias judiciales que hayan reconocido una pensión que genere al tesoro o los fondos públicos una obligación de cubrir sumas periódicas de dinero, también puede hacerlo la UGPP⁶⁹. La razón es que, como

⁶⁷ Ello en concordancia con los parámetros establecidos en la Sentencia C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que se fijó como **abuso del derecho** una conducta del titular del mismo, “(i) (...) que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”.

⁶⁸ “a) cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y //b) cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables”

⁶⁹ Sentencia SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. “(...)frente a la legitimación para interponer el recurso de revisión por la configuración de un abuso del derecho, comoquiera que la Constitución no reguló la

administradora de pensiones, le corresponde velar por el buen funcionamiento financiero del sistema que regenta, conforme las **Sentencias T-363 de 1998**⁷⁰ y **T-300 de 2014**⁷¹.

De esa manera, la UGPP aunque legitimada para formular el recurso de revisión, materialmente no pudo controvertir las decisiones judiciales en su oportunidad. Su gestión al respecto sólo puede serle exigible a partir del 12 de junio de 2013, cuando empezó a ejercer la sucesión de los intereses procesales de CAJANAL EICE En Liquidación. Por tanto, el término de interposición del recurso de revisión autorizado por el artículo 48 de la Constitución Política, con la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005, solo puede contabilizarse a partir de esa fecha.

Conforme a la nueva versión del artículo 48 de la Constitución Política⁷², es posible “*afectar la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas para impedir que se mantengan situaciones irregulares en desmedro del erario público*”⁷³. Para ello previó la necesidad de regular el recurso de revisión, pero aún no se ha expedido una ley al respecto.

Ante el vacío legislativo en la materia, por ahora y para agosto de 2016, el término de caducidad para la interposición del recurso de revisión es el consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003. Según las consideraciones de la **Sentencia C-835 de 2003**⁷⁴, que declaró inexecutable la expresión “*cualquier tiempo*” contenida en el precitado artículo, el término previsto por esta norma es de 5 años en la jurisdicción laboral⁷⁵ y hoy también lo es en la jurisdicción contencioso administrativa, tras la expedición de la Ley 1437 de 2011⁷⁶.

titularidad para interponerlo, debe entenderse que recae, además de los sujetos establecidos en la Ley 797 de 2003, en cabeza de las administradoras de pensiones encargadas del pago de las prestaciones periódicas reconocidas de manera irregular, pues son las primeras instituciones llamadas dentro del sistema pensional a velar por su buen funcionamiento financiero. // 7.24. Por lo anterior, la Corte considera que la UGPP está legitimada para acudir ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado”

⁷⁰ M.P. Fabio Morón Díaz. En ella se hizo alusión a las múltiples facultades que tienen las administradoras de pensiones para contrarrestar la mora en el pago de aportes.

⁷¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷² “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. // El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. // La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. // La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. // **Texto adicionado:** // (...) “La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados” (...).”*

⁷³ Sentencia SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁴ M.P. Jaime Araújo Rentería. En ella se “*declaró inexecutable la expresión “cualquier tiempo” prevista en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, pues consideró que generaba inseguridad jurídica, ya que “desplomaría el universo de los derechos adquiridos, de las situaciones jurídicas subjetivas ya consolidadas en cabeza de una persona, de la confianza legítima, y por supuesto, de la inmutabilidad que toda sentencia ejecutoriada merece al cabo de un tiempo debidamente determinado por la ley*”. (Sentencia SU-427 de 2016)

⁷⁵ Ley 712 de 2001. Artículo 32 “*El recurso podrá interponerse dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia penal sin que pueda excederse de cinco (5) años contados a partir de la sentencia laboral o de la conciliación, según el caso.*”

⁷⁶ Ley 1437 de 2011. Artículo 251. Inciso 4. “*En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los*

Entonces dadas las dificultades administrativas de CAJANAL y de la imposibilidad de acción de la UGPP, el término de 5 años para solicitar la revisión de las prestaciones pensionales tiene un tratamiento distinto. Cuando en condiciones normales debe contabilizarse desde la ejecutoria de la sentencia, *“respecto a la UGPP, en atención al estado de cosas inconstitucional que afrontaba Cajanal, (...) el plazo para acudir a dicho instrumento debe iniciarse a contar no antes del día en que la demandante asumió las funciones de esta última empresa, es decir, con posterioridad al 12 de junio de 2013”*⁷⁷.

En consecuencia, para el momento de la emisión de la **Sentencia SU-427 de 2016**, la UGPP estaba en término para interponer el mecanismo de revisión regulado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003⁷⁸, como lo estará hasta el 11 de junio de 2018. Luego, en principio la acción de tutela sería improcedente comoquiera que existe una vía judicial principal para ventilar el asunto⁷⁹.

Sin embargo, para la Sala Plena de la Corte Constitucional el perjuicio que se ciñe sobre el derecho a la seguridad social de los colombianos en virtud de un reconocimiento pensional logrado mediante un abuso del derecho evidente, amerita que ante *“casos de graves cuestionamientos jurídicos frente a un fallo judicial que impone el pago de prestaciones periódicas a la UGPP, el amparo [sea] (...) viable con el fin de verificar la configuración de la irregularidad advertida y adoptar las medidas respectivas”*.

La procedencia de la acción de tutela en casos como este quedó entonces sometida a una condición: a la forma palmaria en que surja el abuso del derecho.

13.3. Dilucidada la procedencia de la acción de tutela en ese caso concreto, la Sala Plena llegó a varias conclusiones más. En primer lugar, en resguardo de la seguridad jurídica, como de los derechos de las personas respaldadas por las

casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.”

⁷⁷ Sentencia SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁸ *“Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación. // La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial. // La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además: // a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y // b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.”*

⁷⁹ Sentencia SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. *“en principio, el recurso de amparo no sería viable puesto que el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó un inciso al artículo 48 superior, en el cual se indica que “la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”, por lo que en atención al principio de subsidiariedad debería acudirse a dicho instrumento especializado para examinar las prestaciones periódicas sobre las cuales se cierna duda en torno a su legalidad.”*

sentencias cuestionadas, el juez constitucional debe asegurar que en caso de ser necesario el reajuste de la prestación pensional, éste solo tenga efectos pasados 6 meses “*desde la notificación de la resolución que consagra el reajuste efectuado al perjudicado con ocasión de la decisión judicial de amparo*”.

En segundo lugar, explícitamente señaló que el juez laboral también garantizará que “*no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero ya canceladas, comoquiera que las mismas se presumen percibidas de buena fe*”.

Del abuso del derecho y del abuso del derecho que surge en forma palmaria como requisito de procedencia de la acción de tutela en casos como los que se analizan

14. Según lo resumió esta Sala en la **Sentencia SU-427 de 2016**, el debate judicial sobre el abuso del derecho en la obtención de reliquidaciones que presumiblemente quebrantan los principios y la sostenibilidad del sistema de seguridad social en pensiones, tiene dos vías. Por un lado está el recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado (según la jurisdicción a la que corresponda dirimir el asunto), que hace improcedente el amparo y, por otro, la acción de tutela. Ésta última queda reservada exclusivamente a los “*casos de palmario abuso del derecho*”.

El primero, el recurso de revisión de que trata el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 –cabe precisar– es un mecanismo que permite que “*el juez y la administración (...) [cumplan] el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema*”⁸⁰. En los casos de abuso del derecho, dicho recurso procede fundamentalmente porque no puede considerarse la existencia de un derecho adquirido en cabeza del pensionado⁸¹ y porque bajo una interpretación aislada de las normas pensionales y en omisión de los principios que las inspiran, se habrá quebrantado, como se precisará más adelante, el debido proceso que es la segunda causal de procedencia del recurso consagrada en ese artículo.

15. Resulta imperioso desde el punto de vista práctico, determinar el siguiente problema jurídico: ¿cuándo se está ante un abuso del derecho en forma palmaria, al punto en que permite que la controversia se ventile ante el juez constitucional, aun cuando exista el recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y la UGPP esté en tiempo de acudir a él?

Para hacerlo, es necesario determinar en forma preliminar ¿qué se entiende por abuso del derecho? y ¿cómo ha de distinguir el juez constitucional una

⁸⁰ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸¹ Ídem. “*En todos estos casos, el pensionado no tiene un derecho adquirido, y por tanto, en aras de dar cumplimiento a la presente providencia, la Administración podrá proceder a revocar y reliquidar el derecho pensional con el objeto de hacerlo compatible con el ordenamiento jurídico y con el régimen pensional que realmente le corresponde. En efecto, en la concesión de estos derechos pensionales no se respetó la legalidad. Sin embargo, dicha reliquidación no puede ser arbitraria.*”

situación en la que aparece en modo palmario un abuso del derecho, desde el punto de vista del sistema de seguridad social en pensiones?

El abuso del derecho

16. Cabe empezar por mencionar que el sistema jurídico colombiano proscribire, en general, el ejercicio abusivo del derecho. En el artículo 95 de la Constitución Política de 1991 las personas y los ciudadanos tienen el deber ineludible de "*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*".

El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros⁸². Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.

Para identificar este tipo de conductas, el juez en cada caso concreto, debe orientarse a establecer "*sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, [si de la conducta del titular del derecho, puede] construir su pleno convencimiento de un ejercicio abusivo y malintencionado de un derecho determinado*"⁸³, que por lo general será el que trascienda el marco y la finalidad que el Constituyente y el Legislador le han otorgado a una facultad individual.

17. La actuación a la que puede atribuírsele un abuso del derecho resulta ambivalente para el ordenamiento jurídico. Mientras da la apariencia de estar conforme a derecho, en realidad lo contradice en forma inusual o atípica⁸⁴. Entonces, cuando en principio la conducta es legítima porque está amparada por una regla que habilita al sujeto a actuar como lo hace, a la luz de un ejercicio hermenéutico que trasciende la disposición normativa singularmente considerada y bajo una óptica sistémica del ordenamiento, se llega a la conclusión opuesta.

Entonces, el abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima.

⁸² Sentencia T-511 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del primero (1) de marzo de dos mil once (2011). Radicación No 46.175. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

⁸⁴ ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO Juan. Ilícitos atípicos. Trotta, Madrid, 2000.

18. Esta figura jurídica alerta sobre la falta de armonía material entre las facultades que el derecho subjetivo otorga individualmente y la función finalística que cumple en el ordenamiento y, a través de él, en la sociedad. Asegura coherencia en el sistema jurídico, al imponer una relación simbiótica entre las potestades particulares y los fines a los que se orientan las diversas disposiciones normativas que las contienen. Por ende, reivindica una interpretación compleja del ordenamiento jurídico, en la que así como las disposiciones normativas deben responder a aquellas de más alta jerarquía y a los principios que las inspiran, los derechos subjetivos otorgados no pueden leerse en forma atómica.

Desde esta óptica, el abuso del derecho es una institución jurídica que, en un claro rechazo por la visión de los derechos subjetivos como garantías absolutas para sus titulares, asume el ejercicio de los derechos en contexto, no solo jurídico sino también social. Trata de reivindicar las prerrogativas individuales como facultades o permisiones que tienen fines que trascienden la dimensión individual e individualista de los derechos⁸⁵.

En este marco interpretativo, los derechos subjetivos se integran en un sistema mucho más amplio que los dota de sentido, alcance y al que en últimas debe responder la interpretación que se haga de ellos. En dicho marco, por supuesto, se encuentran los principios del derecho, los principios constitucionales y aquellos que informan cada sub sistema del ordenamiento jurídico, esto es, a las diversas jurisdicciones conocidas, dadas las características particulares de las específicas relaciones sociales que cada una de ellas regula.

La aplicación de cualquier disposición normativa en independencia de estos principios, contraviene las directrices del ordenamiento, las constitucionales y las que distinguen entre sí a sus distintas ramas. En un escenario semejante la evolución social de los sistemas jurídicos, su riqueza y complejidad actual, queda reducida a un ejercicio mecánico de subsunción que desarticula el sistema y desconoce la larga historia del derecho, y con él en últimas de la sociedad.

19. Como quiera que en un ejercicio abusivo del derecho el sentido que se imprime a la norma que se busca aplicar, resulta ser un contrasentido, aquel impacta el sistema jurídico en forma ajena a los fines y principios que lo orientan, e incluso de modo totalmente opuesto a ellos. Por lo general surge a través de una interpretación aislada de una regla, que sacada del contexto normativo del que hace parte, produce una ventaja irrazonable para quien busca su aplicación y, al mismo tiempo, una desventaja para otros.

Por lo tanto, desde una perspectiva integral del sistema jurídico, el abuso del derecho siempre acarrea un daño inadmisibles –concreto o sistémico, directo o

⁸⁵ JOSSERAND, Louis. Del Abuso del Derecho y Otros Ensayos. Temis, 1999.

indirecto-, en tanto implica la disfunción del sistema o subsistema de derecho, para concretar intereses individuales a ultranza. Bajo este calificativo -abuso del derecho- se agrupan las actuaciones concretas de un sujeto que, en ejercicio de un derecho subjetivo desborda el alcance de éste y, al hacerlo, compromete antijurídicamente los intereses de otra(s) persona(s), particular o conjuntamente consideradas, ya por que exista una clara intención de causar un daño singular o ya porque simplemente actúe fuera de los fines legítimos que se atribuyen al derecho en ejercicio⁸⁶.

20. En últimas, el abuso del derecho se caracteriza por causar, en ejercicio de un derecho subjetivo, un resultado incompatible con los fines y los principios a los que responde la disposición normativa que le da cuerpo y legitimidad al interés particular reivindicado.

Cuando la conducta abusiva se predica del ejercicio de un derecho subjetivo que se encuentra desarrollado por una ley, el abuso del derecho se aproxima al fraude a la ley⁸⁷ y los límites entre ambas figuras se vuelven difusos⁸⁸. En esas situaciones, el abuso del derecho y el fraude a la ley confluyen en un mismo resultado, como dos dimensiones del mismo problema; una subjetiva y otra objetiva, respectivamente. Ninguno, ni el abuso del derecho y el fraude a la ley, puede dar lugar a derechos adquiridos⁸⁹.

21. La extralimitación del ejercicio de un derecho no puede apreciarse a través del análisis de las pautas previstas por una única regla particular. Como quiera que la disposición normativa responde a uno e incluso a varios sistemas y subsistemas interpretativos, que la dotan de sentido y a su vez la limitan, su valoración aislada es la que puede engendrar un contrasentido y acarrear un abuso del derecho, en algunos casos compatible con el fraude a la ley.

Conviene entonces llamar la atención sobre el hecho de que, si bien normalmente se distingue entre principios y reglas, el operador jurídico debe interpretar las normas de tal forma que se integren sus fines y objetivos, en aras de la congruencia interna del sistema jurídico colombiano. Ello implica un análisis de los derechos en un marco mucho más amplio que el del tenor literal de cualquier disposición normativa, inspirado por los fines y principios que les irradian y ello conlleva sin duda apartarse de la noción absoluta de los derechos como potestades particulares incontestables para adentrarse en una noción más social y funcional del derecho.

⁸⁶ ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO Juan. *Ilícitos atípicos*. Trotta, Madrid, 2000.

⁸⁷ I JUNOY, Joan Picó. *La buena fe procesal*. Grupo Editorial Ibáñez. Buenos Aires, 2011. pp. 84 a 85. El fraude a la ley es entendido como *“el acto realizado al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. En la doctrina encontramos dos concepciones acerca del fraude de ley: la subjetiva, que centra su punto de atención en la intención de defraudar, que le confiere el carácter ilícito de acto realizado; y la objetiva, que simplemente pone el acento en la violación (indirecta) de la ley.”*

⁸⁸ Para tener en cuenta con mayor claridad las diferencias históricas y doctrinarias de ambas instituciones jurídicas, véase Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁹ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Entonces, para determinar hasta qué punto la actuación que se despliega en ejercicio de un derecho se compadece con él y cuándo abandona el sentido sistémico de las normas para conducir a resultados jurídicos incompatibles con el ordenamiento, es necesario contemplar el marco normativo del que es parte la regla que se pretende aplicar.

Tratándose de normas en materia de seguridad social, es necesario contemplar las directrices constitucionales y legales, que orientan las disposiciones normativas que lo componen, concibiéndolo como conjunto articulado de reglas y principios vinculantes.

22. El artículo 48 de la Constitución Política, como la Ley 100 de 1993 que rige el sistema actual de seguridad social en pensiones ha establecido principios entre los que, de cara al caso concreto, cabe destacar la solidaridad, íntimamente relacionada con los principios de universalidad, eficiencia y equidad que informan el sistema de seguridad social en pensiones⁹⁰.

No sobra precisar en este punto que los principios que, como el de la solidaridad, informan el sistema de seguridad social, no fueron expresamente regulados en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de esa última norma, pero ello no significa que quienes han obtenido su pensión con arreglo a sistemas pensionales anteriores a la vigencia de la Ley 100, deban asumir que dichos principios no les son vinculantes. Por el contrario, esos principios hacen parte de la naturaleza del sistema pensional, con mayor razón cuando la mayoría de ellos fueron consagrados por el constituyente en 1991.

El carácter trans e intergeneracional con el que fue concebido el sistema pensional, en consecuencia con el deber social de solidaridad, que lo sustenta, implica la plena vigencia de los principios aplicables en la actualidad a los trabajadores y pensionados que cotizaron y se pensionaron conforme a lo dispuesto en normas anteriores, pues por el carácter sistémico del conglomerado de disposiciones sobre la seguridad social, no pueden apartarse de ellos.

23. Ahora bien, la solidaridad es un principio derivado del Estado Social y Democrático de Derecho⁹¹ que impone, en este caso a la sociedad, la

⁹⁰ Cabe destacar que la Sentencia C-258 de 2013, consideró que conforme se encuentra jurisprudencialmente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de *“estos principios, particularmente los de universalidad y solidaridad, es posible adoptar medidas distributivas dentro de los sistemas con miras a ampliar la cobertura a los sectores más pobres y vulnerables. En este sentido, si bien carece de carácter vinculante para Colombia, es ilustrativo el informe de admisibilidad y de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de Ex -servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú (petición No. 12.670 del 27 de marzo de 2009), en el que la Comisión avaló medidas como la reducción del monto de las pensiones más elevadas dentro de un sistema pensional, sin que puedan oponerse los derechos adquiridos, con miras a promover la sostenibilidad y equidad del sistema, y la ampliación de la cobertura”*. Dicha sentencia destacó que para la Comisión, mantener un sistema pensional equitativo y sostenible debe ser considerado un interés social por el que cada Estado debe velar (Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú, 27 de marzo de 2009. Párrafo 110).

⁹¹ Sentencia T-426 de 1992. *“El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas*

obligación de trabajar en forma conjunta y aunar esfuerzos para beneficio de cada uno de los asociados, conforme la capacidad -en este caso económica-, de cada uno de los participantes.

Claramente, en sociedades con marcadas diferencias sociales que han tratado de conjurarlas a partir del principio de la igualdad, el cometido no puede ser otro que el de volcarse en favor de la población con menores recursos económicos, o a quienes ante la vejez o enfermedad incapacitante para el trabajo, resultan más vulnerables. Así lo destacó esta Corporación en la **Sentencia C-258 de 2013**, en la que sostuvo que *“de acuerdo con este principio (...) el Estado debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de mayor debilidad o vulnerabilidad, y exigir mayores contribuciones y esfuerzos a quienes están en mejor situación”*.

24. En consecuencia, es posible predicar un abuso del derecho en el sistema de seguridad social en pensiones, cuando en ejercicio de las garantías que aquel cobija, un individuo con una posición económica privilegiada obtiene, además de las ventajas que ostenta en la sociedad, otras adicionales que desafían los principios de la seguridad social en pensiones y resisten su orientación equitativa. Como lo reconoció la **Sentencia C-258 de 2013**, *“para que se produzca este abuso del derecho, el aumento [de la mesada pensional], se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.”*

La obtención de ventajas irrazonables en materia pensional, calificadas así por el desconocimiento de los principios sistémicos y subsistémicos, con arreglo a interpretaciones ceñidas a una disposición normativa que, a pesar de serle aplicable, en su caso particular desconoce la teleología de la misma, lesiona el ordenamiento jurídico. Lo anterior en tanto la interrelación de afiliados y pensionados vinculados al sistema de pensiones hace que necesariamente cualquier ventaja ilegítima conlleve una afrenta a la sostenibilidad fiscal del mismo, e implica cuando menos indirectamente un detrimento de las posibilidades de las generaciones futuras con menores posibilidades económicas para asegurar su vejez. Dichas ventajas convierten el sistema en un despropósito y lo hacen incompatible con la fórmula del Estado Social de Derecho y de los fines y valores asociados a él.

De cuándo un abuso del derecho al surgir en modo palmario implica que la acción de tutela para la revisión de una pensión sea procedente.

25. Establecida la naturaleza del abuso del derecho, conviene determinar cuándo ha de considerarse que aquel es de tal entidad que demanda la intervención del juez de tutela, en pro de la sostenibilidad financiera del

que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”

sistema y, a través de ella, del derecho a la seguridad social de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones.

Cabe destacar que la existencia del mecanismo de revisión tanto en la jurisdicción laboral ordinaria, como en la contencioso administrativa implica que, en principio, la acción de tutela no supera el análisis de procedencia, pues la existencia de un mecanismo principal de acción judicial inhabilita al juez constitucional para decidir el asunto de fondo, en casos como estos.

Sin embargo, existen casos particulares en los cuales de concretarse el riesgo inminente que se ciñe sobre los derechos que se busca proteger, acarrearía un perjuicio que no podría resarcirse y que impide o dificulta el ejercicio de los derechos fundamentales. En la **Sentencia SU-427 de 2016**, esta Sala Plena estableció que asuntos como los que se analizan serían competencia del juez constitucional, solo cuando el abuso del derecho aparezca de modo palmario.

En lo que sigue la Sala Plena de esta Corporación, con arreglo al patrón fáctico de la **Sentencia SU-427 de 2016** y con el ánimo de fijar criterios interpretativos claros para establecer cuándo un abuso del derecho surge de modo palmario, recogerá los lineamientos básicos para determinar los eventos en los que resulta imperiosa la intervención del juez de tutela.

26. El carácter palmario del abuso del derecho debe ser identificado por el juez de tutela al momento de hacer el análisis de procedencia de la acción de tutela. No solo debe advertir (i) que el ejercicio del derecho pensional pudo haber desbordado los límites que le impone el principio de solidaridad del sistema de seguridad social –caso en el cual no debe perder de vista que la acción de tutela será, en principio, improcedente ante la existencia del recurso de revisión-, sino además (ii) constatar que la ventaja irrazonable que generó pone en un riesgo inminente a los demás afiliados del sistema de seguridad social, con ocasión de una anomalía en la interpretación judicial, en relación con la cual CAJANAL no pudo ejercer su derecho de defensa y la UGPP se encuentra obligada a hacer erogaciones cuantiosas que, por su carácter periódico, atentan contra la equidad y la sostenibilidad del sistema, de manera actual. Todo ello debe derivar de la elusión de los principios y de las reglas que rigen el sistema pensional.

La jurisdicción constitucional deberá intervenir en aquellos casos en los cuales, los términos de decisión del recurso de revisión aumentan de manera ostensible el nivel de riesgo para el sistema y sus afiliados. Es una carga para el actor demostrarlo y proponerle al juez el modo en que se verifica la amenaza.

Entonces se asumirá que la intervención del juez de tutela dependerá de la disfunción a la que conduce el reconocimiento pensional cuestionado para el sistema. En ese sentido, se presentarán a continuación algunas reglas de apoyo interpretativo para el juez constitucional y, enseguida como derivación de aquellas, criterios que permitan determinar en qué eventos puede entenderse que se ha configurado un abuso del derecho en forma ostensible.

Primero: reglas de apoyo interpretativo.

27. Un abuso del derecho, definido en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos precedentes, emerge de modo palmario, cuando la disfunción que engendra en el sistema pensional salta a la vista y logra convencer al juez constitucional de que su intervención en el asunto es imperiosa, con el ánimo de proteger intereses superiores. Aquel debe tener la certeza de que la remisión del asunto a las vías ordinarias, hará insostenible la dinámica solidaria del sistema pensional, en la medida en que los incrementos pensionales ilegítimos resultan mensualmente tan cuantiosos, que indudablemente lo desfinanciarán, en detrimento de quienes cuentan con menores recursos económicos.

Sumado a las particularidades de cada caso concreto que hagan suponer al juez la intención que alguien pueda tener de sacar un provecho desproporcionado, en detrimento del sistema de seguridad social en pensiones, por desconocimiento de sus principios y normas, debe analizarse el impacto desde el punto de vista que contrasta el reconocimiento pensional con la historia laboral del interesado, para concluir que hay un exceso de grandes niveles en el incremento que le favoreció.

Además del análisis de contexto que supone el ejercicio anterior, es importante considerar la conducta de quien busca el beneficio pensional. De modo tal que quien sin sustento normativo, más allá de un regla de un régimen especial que perdió vigencia –como lo son aquellas que rigen el IBL-, busca a ultranza una ventaja irrazonable en comparación con otros afiliados, podrá haber incurrido en forma notoria en un abuso del derecho. Cuando la búsqueda sea evidente e inconfundible, al perseguir un incremento monetario significativo sin arreglo a la normativa vigente, ese abuso debe entenderse palmario.

En todo caso el juez de tutela, con base en los principios de autonomía e independencia judicial, se encuentra en libertad para establecer su convencimiento sobre el caso concreto y sobre si existe o no un abuso del derecho de tal magnitud.

No obstante lo anterior, corresponde a esta Corporación, en su labor de unificación y cierre, dotarlo de herramientas para encontrar la desproporción y los excesos que resultan más problemáticos. El objetivo es brindar un apoyo para valorar el caso concreto, que potencie el análisis. Lejos de limitar la función jurisdiccional, en todo caso autónoma e independiente, el objetivo es concretar el punto de vista constitucional sobre la materia.

Entonces, sin perjuicio de lo anotado en esta providencia, el juez de tutela podrá identificar razones para definir el caso concreto y los parámetros que se fijarán a continuación, no desconocen su autonomía, sino le orientan en su labor argumentativa desde el punto de vista constitucional.

Segundo: criterios para identificar eventos en los que el abuso del derecho emerge de modo palmario

28. Sea lo primero aclarar que el abuso notorio del derecho, como el que se denuncia en los casos acumulados, se presenta con ocasión de la obtención de una ventaja individual irrazonable, fundada en una vinculación precaria.

La vinculación precaria puede provenir de dos escenarios distintos, de los que dan cuenta los asuntos concretos que se analizan en esta oportunidad. De un lado puede surgir con ocasión de la aplicación de un régimen especial para personas que cumplieron los requisitos de acceso a la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dentro del cual se contemplaba un IBL distinto al de su artículo 36. Para quienes por el contrario, cumplieron esas exigencias en vigencia de dicha norma, el impacto de una vinculación precaria, solo puede concretarse cuando se hace una aplicación ultractiva del régimen especial en lo que atañe al índice base de cotización.

Se trata de escenarios distintos, que conducen a la sobrevaloración de la cotización efectuada en el marco de un servicio al Estado que se reputa débil en el tiempo. Para efectos de la liquidación pensional la vinculación precaria, que al auspicio del régimen especial para la Rama Judicial y el Ministerio Público, puede ser de tan solo un mes, adquiere un poder determinante en la estimación de la mesada pensional que puede resultar incompatible con la historia laboral del servidor público.

No solo puede presentarse cuando se aplica un índice base de liquidación consagrado en un régimen especial, y no el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹², sino en reconocimientos pensionales que tuvieron ocasión con requisitos anteriores a ella, sin perjuicio de su legitimidad desde el punto de vista de las disposiciones legales que regulaban la pensión. En este último caso, la confrontación del reconocimiento debe hacerse desde el punto de vista de los principios constitucionales que regían la situación para cuando se consolidó el derecho pensional.

a) Casos en los que la vinculación precaria adquiere relevancia por la aplicación ultractiva de un IBL distinto al de la Ley 100 de 1993.

⁹² “ARTÍCULO 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 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 mas (sic.) años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. // El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)”.

29. Como lo denunció la entidad accionante, existen casos en los cuales la vinculación precaria y su papel determinante en la liquidación de la mesada pensional de funcionarios que estuvieron al servicio de la Rama Judicial y/o el Ministerio Público, surge de la aplicación extensiva en el tiempo de un IBL distinto a aquel establecido en la Ley 100 de 1993, en el marco del régimen de transición pensional.

Lo anterior, en contravía de la interpretación consolidada por la Corte Suprema y la Corte Constitucional, según la cual el régimen de transición no es predicable del IBL, pues el Legislador solo previó la transición respecto de la edad de pensión, el tiempo de servicios y el monto de la prestación⁹³.

Sobre el particular cabe anotar que los regímenes de transición son establecidos por el Legislador como una garantía de los derechos que están por ser adquiridos⁹⁴, son *“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”*⁹⁵.

Como quiera que el sistema pensional diseñado en la Ley 100 de 1993 suponía para ciertas personas la postergación del acceso a la pensión, en detrimento de las posibilidades que les brindaba el régimen anterior, el Legislador, en aras de no defraudar las expectativas legítimas de los trabajadores, con características de acceso determinadas –edad y cotización–, configuró en el artículo 36 de dicha norma un régimen de transición.

Así, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece 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.”*

El artículo referido, según su tenor literal, distinguió entre el monto de la pensión y el IBL, al regularlos en forma simultánea y distinta. En relación con el primero, destacó que para personas beneficiarias del régimen de transición podían acceder al monto previsto en el régimen anterior, mientras respecto del

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencias 17 de octubre de 2008 (Radicación 33343); del 15 de febrero de 2011 (Radicación 44238); del 21 de abril de 2012 (Radicación 53037); del 18 de noviembre de 2015 (Radicado 47164); y del 1º de junio de 2016 (Radicado 48245). CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

⁹⁴ Sentencia T-351 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁵ Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

segundo estableció reglas concretas, por las que se regiría esa figura con independencia del régimen de transición.

Para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es claro que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, “*estatuó en forma expresa los cuatro elementos estructurales esenciales del derecho a la pensión de vejez, dos relacionados con el acceso a la prestación, y dos con la cuantificación del derecho económico*”⁹⁶. Mientras la edad del afiliado y el tiempo de servicio o las semanas de cotización son elementos ligados al acceso al derecho, el monto de la prestación y el índice base de liquidación, son útiles para cuantificarlo.

Los elementos propios de la cuantificación de la prestación pensional -señaló dicha Alta Corporación en la sentencia en cita- son distintos entre sí. El índice base de liquidación –IBL-, por un lado, refiere el ingreso salarial que se tendrá en cuenta para aplicar la tasa de reemplazo y liquidar la mesada. Ese salario, bien puede ser igual a una única asignación (como en el caso del Decreto 546 de 1971) o a un promedio de lo devengado, ambas opciones en un marco temporal definido por el Legislador. En esa medida el IBL “*depende de los ingresos del afiliado durante un lapso determinado por la ley*”⁹⁷. Entre tanto, el monto pensional o la tasa de reemplazo, alude al porcentaje del IBL que establece la ley. Aplicada la tasa de reemplazo al IBL, se estima la mesada pensional a devengar.

Así las cosas, a modo de ejemplo, el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 al establecer que “*los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho (...) a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas*”, establece como IBL la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio el funcionario y, como monto pensional, el 75% de ese ingreso.

La jurisprudencia de esa Corporación, como la de la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de transición excluyó deliberadamente el IBL⁹⁸. De tal

⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1° de marzo de 2017. (Radicación 52320).

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Sentencias C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y el índice base de liquidación, se encontró con que “*Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han venido defendiendo la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL. Sobre el particular, han considerado que en el momento de la determinación del IBL debe aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio*”. Lo anterior, entre otras por considerar que “*el término monto al que se refiere al inciso segundo del artículo 36 comprende tanto la tasa de reemplazo –porcentaje- como el IBL, pues la primera indefectiblemente debe ser aplicada junto con el segundo para poder establecer el monto de una pensión*”. Al respecto concluyó que “*(i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios*

modo a las personas beneficiarias del mismo, si bien le son aplicables los requisitos de acceso a la pensión del régimen anterior, cuales son la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas, para efecto de cuantificar la prestación, deben conciliar el monto de la pensión fijado en el régimen especial, y el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esa medida cualquier pensión que en marco del régimen de transición, haya sido cuantificada exclusivamente con arreglo al régimen anterior y sin armonizarlo con las reglas sobre el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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”*⁹⁹ y puede llegar a afectar patrimonialmente al sistema de pensiones, en desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad¹⁰⁰.

Todo ello para decir que el primero de los criterios para identificar la existencia de un posible abuso del derecho ocurrido en forma palmaria, es el reconocimiento y aplicación de un IBL distinto a aquel fijado en la Ley 100 de 1993, siempre que el derecho se haya adquirido durante su vigencia.

En estos casos los demás criterios, que se precisarán a continuación, parten de la existencia de una apreciación antojadiza e infundada sobre el alcance del régimen de transición, que privilegia una aplicación integral del régimen especial en contravía de la voluntad del Legislador, que deliberadamente excluyó de aquel el índice base de liquidación.

b) Casos en los cuales la vinculación precaria opera en el marco de un régimen especial, sobre la base del cual existen derechos adquiridos.

30. Dicho lo anterior un abuso del derecho que se verifica con un carácter palmario, puede ser verificable en los eventos en los cuales (i) con ocasión de una vinculación precaria del servidor público en la Rama Judicial, en un cargo de más elevada jerarquía y remuneración respecto de aquel en el que se desempeñaba con anterioridad, (ii) se declaró judicialmente en su favor un incremento porcentual trascendental desde el punto de vista particular.

Ello con independencia de que la vinculación precaria tenga origen en la aplicación ultractiva e infundada del IBL de un régimen especial, en los términos anotados en el fundamento jurídico anterior.

injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.”; y SU-230 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁹ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁰ Ídem.

31. A continuación cada uno de los elementos de la relación plasmada en el numeral 30, será analizado para efecto de consolidar los criterios a tener en cuenta para valorar la existencia de un abuso del derecho en forma palmaria.

(i) *De la vinculación precaria.*

31.1. En la medida en que el índice base de liquidación se refiere al periodo a tener en cuenta para establecer el promedio o el valor de lo devengado que será determinante al momento de cuantificar la prestación, en los eventos en los que se haya aplicado un IBL distinto al de la Ley 100 y consagrado en un régimen especial, cuanto más reducido sea el lapso que puede afectar la cuantía de la mesada pensional, cobra mayor relevancia el concepto de vinculación precaria. Sin embargo, como se ha anotado sus efectos pueden darse por la mera aplicación del régimen especial anterior a la Ley 100.

31.2. La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo¹⁰¹. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad.

En muchos casos el carácter fugaz de la relación laboral obedece a la satisfacción de un encargo o una provisionalidad (temporales por definición¹⁰²) por parte de un servidor que desempeña funciones en propiedad o de un particular, para desempeñarse en un cargo de mayor jerarquía y remuneración.

La brevedad en el desempeño de las funciones de mayor remuneración puede llegar a menoscabar en casos concretos los cimientos del sistema de seguridad social, cuando propicia la consolidación de derechos pensionales con fundamento único en la remuneración percibida durante la vinculación precaria.

En este caso, el Decreto 546 de 1971 en su artículo 6° estableció que *“los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir*

¹⁰¹ Así lo asumió esta Corporación en recientes pronunciamientos, entre los que se destacan las sentencias C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo y SU-427 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰² Ley 270 de 1996. Artículo 132. Numeral 2. *“En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. // Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. // En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.”* Numeral 3. *“En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.”*

20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Del tenor literal de esa norma se desprende que, incluso con un mes de servicio en un cargo de mayor remuneración, el empleado o el funcionario de la Rama Judicial¹⁰³ beneficiario de ese régimen, podría causar una pensión con apoyo en el salario devengado durante aquel corto periodo de vinculación. Lo anterior, a condición de que dicho salario sea el más alto del último año de servicios. Entonces, incluso con apenas un mes cotizado con arreglo a ese salario, tendría la posibilidad de percibir, durante el resto de su vida, una pensión con fundamento en esa mínima cotización, lo que a primera vista aparece carente de razonabilidad desde la lógica solidaria del sistema.

Por ejemplo si una persona ocupó un cargo de mínima remuneración, como empleado de la Rama Judicial, durante toda su vida y con fundamento en ese ingreso cotizó, no tiene sentido que, si durante el último año de servicios trabajó como Magistrado de una Alta Corporación, y solo lo hizo durante un mes, su mesada pensional sea tan alta como el sueldo percibido durante esa mensualidad. No lo tiene porque lo que habrá aportado a pensiones dicho trabajador, no guardará relación con los beneficios que obtendrá del sistema.

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

31.4. Ahora bien, queda claro que se presentan vinculaciones precarias cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral aportó con una base de cotización y luego (tal y como se presenta en los casos analizados), en el transcurso del último año de servicios, es nombrado para un cargo de mayor remuneración por un tiempo corto. Con fundamento en esa vinculación obtiene un ingreso más alto que, conforme el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, sirve

¹⁰³ También del Ministerio Público.

para calcular su IBL y estimar su mesada pensional que, así, no responderá a la cotización histórica efectuada.

En casos como los que se analizan en los que el marco temporal que sirve para liquidar la prestación es el último año de servicios, se considerará una vinculación precaria el ejercicio de una función en la Rama Judicial o en el Ministerio Público que, conforme las particularidades del caso, sea minúsculo para un periodo anual.

31.5. Ahora bien, si el elemento que define la precariedad del servicio público prestado es la fugacidad, como ha quedado claro, no es admisible predicarlo en relación con el desempeño en cargos de mayor jerarquía y remuneración con origen en un concurso de méritos. El funcionario que durante el último año de servicios haya fungido en un cargo de mayor remuneración porque, al haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles correspondiente, tuvo el derecho irrefutable de acceder a él, está beneficiado con la estabilidad en el ejercicio de sus funciones y ésta impide entender que, cualquiera que haya sido su duración, haya una vinculación precaria. La vocación de permanencia que tiene el desempeño de un cargo en propiedad, sustrae el carácter fugaz del vínculo e impedirá la configuración de una vinculación precaria.

Por contraste, respecto del ejercicio de cargos por nombramiento en encargo o provisionalidad, lo cierto es que es de su naturaleza ser un mecanismo transitorio para cubrir vacantes, responder a las necesidades del servicio y evitar su parálisis, en seguimiento de los principios de eficiencia y celeridad. Dada la fragilidad del vínculo entre el funcionario y el servicio público, es difícil predicar un nivel de estabilidad tal que permita llegar a las mismas conclusiones que para los cargos desempeñados en propiedad.

Como lo ha reconocido esta Corporación, los nombramientos en provisionalidad (con un carácter temporal menor que aquellos hechos por encargo), tienen una estabilidad laboral “*relativa o intermedia*”¹⁰⁴, pues se hacen con la certeza de su cesación y de su carácter efímero. En relación con ellos la posibilidad de un ejercicio fugaz es mayor, pues lleva implícito un término para su finalización, que hace débil el vínculo con el Estado, en comparación con la fortaleza del que es propiciado por el mérito como principio constitucional.

31.6. Entonces el ejercicio de las funciones públicas por un lapso corto, tiene la virtualidad de configurar una vinculación precaria indudablemente respecto de nombramientos por encargo o en provisionalidad.

Entretanto, en relación con la nominación hecha en propiedad, es necesario distinguir dos tipos de situaciones: la primera, cuando el nombramiento se hace

¹⁰⁴ Para el caso de nombramiento en provisionalidad ver Sentencias T-326 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa; T-147 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; o T-894 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

en un cargo de libre nombramiento y remoción, mediando únicamente la voluntad del nominador; y la segunda, cuando obedece a la superación del correspondiente concurso de méritos y de ostentar el primer lugar en la lista de elegibles consolidada. En el primer caso, conforme las particularidades del caso concreto, podrá predicarse la fugacidad de la vinculación si el tiempo de ejercicio fue corto, mientras en el segundo, dada la estabilidad que genera el vínculo con el Estado, no.

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

31.7. Lo anterior quiere decir que en el examen sobre el carácter palmario del abuso del derecho, sea o no identificada la aplicación ultractiva de un régimen especial en lo que atañe al índice base de liquidación, debe constatarse que, en relación con el periodo de tiempo a tener en cuenta en ese régimen –para este caso de un año- la vinculación del funcionario haya sido tan efímera que no quede duda de la incompatibilidad entre su historia laboral y la mesada liquidada.

(ii) Del incremento excesivo en la mesada pensional

31.8. El abuso del derecho surgirá de modo palmario cuando además de una vinculación precaria, se presente un incremento excesivo de la mesada pensional y con él una ventaja ilegítima, que comprometa los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto.

La mesada pensional debe haberse incrementado de tal forma que implica un tratamiento diferenciado para quien la obtuvo. Tal incremento ha de ser verificado en cada caso concreto y dejará al descubierto el resultado del abuso del derecho desde el punto de vista del pensionado. La importancia de esta verificación es que tiene la virtualidad de revelar al juez constitucional la dimensión material de las ventajas ilegítimas, desde el punto de vista legal o constitucional, en favor del pensionado.

Al respecto conviene aclarar que, si bien es cierto cualquier incremento en la mesada pensional que desborde los principios y las reglas del sistema de

seguridad social en pensiones, atenta contra él, solo los que sean evidentes y se descubran de un primer acercamiento al caso concreto, ameritan la intervención del juez de tutela. Los demás pueden ser cuestionados a través de la jurisdicción laboral ordinaria o contencioso administrativa, según sea el caso. La remisión de los casos al juez ordinario, no implica de ningún modo restarle relevancia al caso, sino constatar que la urgencia que presenta es relativa y no notoria.

Así, no basta con la existencia de una vinculación precaria para que proceda la acción de tutela, sino que es preciso que aquella haya generado un incremento protuberante de la mesada pensional. Solo así la aplicación del IBL de un régimen especial, cobra una importancia tal que es imperiosa la intervención del juez de tutela.

La conducta abusiva en el ejercicio del derecho, focalizada sobre la base de los criterios expuestos, permitirá encontrar más fácilmente cuándo un abuso del derecho aparece palmario, para identificar cuándo procede la intervención del juez constitucional para restituir el principio de solidaridad y los fines de equidad que persigue el sistema de seguridad social en pensiones.

32. Cabe aclarar que de cara a la sostenibilidad del sistema pensional resulta irrelevante la intención de daño de aquel que abusa del derecho y si bien la identificación de abuso del derecho tiene una función correctiva, lo cierto es que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para dilucidar la responsabilidad por ese tipo de abusos, para efecto de lo cual los fondos de pensiones tienen acciones judiciales si fuese de interés acudir a ellas. En esa misma línea, la responsabilidad por las mesadas incrementadas ya percibidas no puede generar, en el escenario constitucional, un deber de reembolso como quedó claro en la **Sentencia SU-427 de 2016**.

La dimensión subjetiva de la conducta abusiva, consistente en el ánimo de llevar el propio derecho fuera de sus límites y fines, aunque bien puede ser considerada por parte del juez para reforzar sus hallazgos en cuanto a la procedencia de la acción (con arreglo a las solicitudes inconducentes que haya hecho el pensionado o a indicios de una conducta individualista que contradice los fines de la solidaridad), pierde relevancia cuando el trámite constitucional, en estos casos por la naturaleza misma del amparo, no tiene un ánimo indemnizatorio en favor de las administradoras de pensiones. Así lo destacó la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia en cita, que descartó cualquier obligación de reembolso por vía de tutela.

33. En esa medida la fijación de estos criterios ayudará al funcionario judicial a hacerse una idea de la necesidad de su intervención, pero –se insiste– ello no obsta para que, en consonancia con la independencia y la autonomía judicial que le asiste, consolide su propia visión de los distintos casos concretos que se le presenten y determine la procedencia, conforme su propio criterio, que deberá motivar conforme las particularidades del caso concreto.

Análisis del abuso palmario del derecho en los casos concretos analizados

34. En la mayoría de los casos que ahora se analizan es claro que, conforme sus supuestos fácticos particulares, el incremento pensional tiene dimensiones similares al aquel sobre el cual se pronunció la Sala Plena mediante la **Sentencia SU-427 de 2016**.

34.1. Obsérvese que la señora Judith Cecilia Santander Rovira, quien alcanzó su estatus pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fue reconocida en 2002 una pensión por valor mensual de \$3.901.590.

En el año 2006, como consecuencia de las decisiones judiciales que se cuestionan, su mesada pensional pasó de \$5.293.325 a \$8.016.401, a causa de una vinculación precaria de un mes y 20 días en encargo como Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, cuando toda su historia laboral la había consolidado en ejercicio del cargo de Juez 4° Penal de Alto Riesgo del Circuito de Santa Marta. A ese cargo regresó por cerca de 10 meses más, antes de solicitar el reconocimiento de su pensión.

La reliquidación pensional en el caso de la señora Judith Cecilia Santander Rovira, se hizo con base en el salario más alto devengado en el último año de servicios que estuvo comprendido entre el 11 de enero de 2000 y el 11 de enero de 2001. El promedio de lo devengado en ese periodo fue de \$7.930.606 (ingreso base de liquidación), cuyo 75% era de \$5.947.954 mesada que le fue reconocida desde el 12 de enero de 2001. Sin embargo, según la información suministrada por la UGPP y no controvertida por ella, el IBL que debió ser reconocido a esta pensionada era de \$4.610.110, cuyo 75% era de \$3.457.582.

Como consecuencia, para el año 2017 la mesada pensional que se le paga de modo mensual a señora Santander es de \$12.716.108,66 cuando no debía superar los \$7.441.049,77. Basada en esas cifras la UGPP encuentra que en el caso en mención el sistema le ha pagado desde el 12 de enero de 2001 \$2.031.172.870,33 cuando apenas debió pagar \$1.198.354.779,64.

34.2. En lo que se refiere a Judith Aya de Cifuentes, ella alcanzó su estatus pensional en octubre de 1991. Su pensión fue reconocida en 2000. Luego de debatir el monto reconocido por CAJANAL en la jurisdicción contencioso administrativa, en 2005 y en cumplimiento de las sentencias cuestionadas, su mesada pensional pasó de \$5.202.000 en mayo de 2002 a \$11.112.430 en octubre de 2004.

El valor reconocido en 2002, traído a valores de 2004 mediante indexación, era de \$5.958.056,872. De tal forma para el momento de la reliquidación, el incremento fue en valores reales de la época de \$5.154.373, a causa de su vinculación como Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desde el primero de noviembre de 1999 y

durante 2 meses y 23 días, luego de lo cual retomó su cargo como abogada asistente de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura por 9 días más, antes de solicitar su reconocimiento pensional¹⁰⁵.

Adujo la UGPP que en relación con esta mesada pensional, al tomar el último año de servicios se fijó el IBL por valor de \$17.442.071, cuyo 75% equivale a \$13.081.553. Cuando en la actualidad, hecha la proyección y la actualización de la mesada pensional y aplicados los topes pensionales, la accionante debería percibir mensualmente \$8.384.857, devenga efectivamente \$18.442.925.

34.3. Por su parte Margarita María Gómez Gallego, logró su estatus pensional el 18 de mayo de 2004. La prestación pensional en su favor fue reconocida en 2007 por CAJANAL en cuantía de \$2.709.901. En el seno de la jurisdicción ordinaria laboral se accedió a la reliquidación pensional que para 2009 fue incrementada hasta alcanzar los \$4.703.045, con el IBL del régimen anterior y no el de la Ley 100 de 1993. Entonces para 2009, el incremento en valores de la época fue de \$3.003.213, con lo que el incremento no llega si quiera a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para la época estaba fijado en \$497.000.

En su caso, la UGPP aduce que la emisión del fallo cuestionado implicó que actualmente cuando debe pagársele una mesada pensional por valor de \$4.243.694 se le paga la suma de \$6.755.960.

35. Analizados los casos concretos que se estudian en esta oportunidad de cara a los parámetros establecidos para determinar la configuración de un abuso del derecho en un nivel palmario, es pertinente llamar la atención sobre varios aspectos.

36. Para verificar los criterios establecidos para precisar si hubo o no un abuso palmario del derecho en los asuntos objeto de estudio, cabe destacar que en los tres casos existen vinculaciones precarias, que sirvieron para incrementar en exceso las mesadas pensionales de las personas vinculadas (una asociado a la aplicación ilegítima del IBL del régimen especial contenido en el Decreto 546 de 1971). En este sentido:

36.1. Los incrementos pueden asumirse, a primera vista, considerables desde el punto de vista de la variación de la mesada pensional de (1) Judith Cecilia Santander Rovira, y (2) Judith Aya de Cifuentes, histórica y actual¹⁰⁶. No sucede lo mismo con el caso de (3) Margarita María Gómez Gallego, para la cual la UGPP no incluyó información expresa y puntual sobre el incremento.

¹⁰⁵ Llama la atención, en este último punto, cómo luego de haber logrado el estatus en 1991 y haber fungido como asistente de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura del 6 de abril de 1994 al 31 de octubre de 1999, la señora Aya se desempeñó como Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura solo por 2 meses y 23 días, hasta el 23 de enero del año 2000, luego de lo cual aguardó 9 días más para dejar el servicio y reclamar una tasación pensional con base en los mayores ingresos obtenidos durante esa corta vinculación, que evidentemente no correspondían a su historia laboral.

¹⁰⁶ Conforme los datos aportados por la UGPP en sede de revisión.

Para efecto de explicar lo anterior, recordemos la información suministrada por la UGPP en sede de revisión:

Pensionada	Liquidación judicial		Liquidación en derecho		Mesada pensional		
	IBL	Monto pensional (*75%)	IBL	Monto pensional	Percibida en 2017	Liquidada en derecho	Diferencia Detrimen to mensual
Judith Aya de Cifuentes	\$17.442.071	\$13.081.553	\$11.179.809	\$8.384.857 Con tope: \$5.202.000	\$18.442.925	\$8.384.857	\$7.636.401
Judith Cecilia Santander Rovira	\$7.930.606	\$5.947.954	\$4.610.110	\$3.457.582	\$12.716.108	\$7.441.049	\$5.575.058
Margarita María Gómez Gallego	\$5.098.961	\$3.824.220	\$3.567.411 (sic.)	\$2.675.280	\$6.755.960	\$4.243.694	No incluyó información

Conforme a las alegaciones de la UGPP, de las prestaciones reconocidas, a primera vista y de cara al estudio sobre la procedencia formal de la acción de tutela, hechas las operaciones aritméticas del caso, se verifica un incremento de \$5.275.059, \$10.058.068 y \$2.512.266, respectivamente para (1) Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes y (3) Margarita María Gómez Gallego.

Con fundamento en las cifras devengadas en la actualidad por las pensionadas vinculadas, el incremento solo se demostró excesivo en el caso de las dos primeras que, con fundamento en una vinculación precaria, devengaban para el momento de la interposición de la acción \$7.636.401 y \$5.575.058 más de lo que correspondería. Ello se deduce de la información suministrada por la UGPP en sede de revisión, de la que se le corrió el traslado del caso a las interesadas, quienes se abstuvieron de controvertir los datos en cuestión.

No ocurre lo mismo en el caso de la señora Margarita María Gómez Gallego, pues en la información aportada por la UGPP en su caso, es insuficiente para advertirle al juez de tutela de forma contundente la afectación actual de los derechos e intereses que, como accionante, intenta proteger. En el caso de esta

interesada la accionante no logró acreditar sus afirmaciones, al no suministrar datos concretos sobre la misma, por lo que sin ser notoria y drástica la afectación, es preciso que el asunto se remita al juez ordinario, para efecto de que se dirima el conflicto.

En esa medida, ese último asunto deberá tramitarse por la vía ordinaria, toda vez que no se acreditó la existencia de un incremento pensional actual que pueda calificarse como excesivo y que resulte manifiestamente contrario a la historia laboral de la accionada, carga que debió asumir la accionante, como en los demás casos.

37. Sobre las dos primera pensionadas, Judith Cecilia Santander Rovira, (2) Judith Aya de Cifuentes, es preciso analizar si los incrementos fueron excesivos respecto de la historia laboral reportada.

37.1. En primer lugar, en relación con la señora Santander Rovira, es preciso destacar que ella se desempeñó toda su vida laboral, a lo largo de aproximadamente 32 años, como Juez 4° Penal de Alto Riesgo del Circuito de Santa Marta. Solo ocupó un cargo distinto entre el 20 de enero de 2000 y el 9 de marzo de ese mismo año, como Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura. En esa medida cuando su cotización histórica responde a un cargo con menor rango salarial, que el que ocupó durante su vinculación precaria, para la Sala el incremento es excesivo en su caso puntual.

37.2. En segundo lugar, sobre la señora Aya es importante destacar que ella se desempeñó en cargos de distinto nivel y alcance salarial durante su vida laboral. En la Rama Judicial fue Abogada Asistente Grado 21 por cerca de 4 años, Secretaria Grado 21 por 6 años y se desempeñó además como Directora Seccional de Administración Judicial y Directora Nacional de Administración Judicial, por cerca de dos años hasta el 05 de abril de 1994. En esa medida, el análisis de su caso concreto muestra que de la comparación entre las cifras que aportó la UGPP, el incremento resulta excesivo.

De lo anotado en este apartado, es importante concluir que como quiera que el incremento es excesivo únicamente en los casos de las señoras (1) Judith Cecilia Santander Rovira y (2) Judith Aya de Cifuentes, queda establecido el cumplimiento del requisito de subsidiariedad y la procedencia de la acción de tutela respecto de estos dos casos. Entre tanto, en el caso de la señora Gómez Gallego la procedencia de la acción de tutela queda descartada.

38. En conclusión, los casos en cuestión implican cuantiosas erogaciones para el sistema de seguridad social en pensiones, como lo recalcaron las entidades públicas intervinientes, y la acción cumple con el requisito de subsidiariedad al haberse demostrado la existencia de un abuso del derecho en forma palmaria, respecto de los casos de (1) Judith Cecilia Santander Rovira y (2) Judith Aya de Cifuentes.

Sin embargo, cabe enfatizar, la declaración de improcedencia de la acción de tutela de Margarita María Gómez Gallego no supone avalar incrementos ilegítimos por parte de esta Corporación, pues se reitera que cualquier suma adicional percibida con cargo al sistema pensional –solidario- es reprochable. La declaración de la improcedencia conlleva únicamente a que el análisis de fondo sea efectuado en la jurisdicción laboral o contencioso administrativa y que se sustraiga del estudio al juez de tutela. Las prestaciones, a pesar de afectar el erario público, deberán ser controvertidas mediante el recurso de revisión del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, dado el impacto para el patrimonio público sobre el que alertaron en general las entidades públicas intervinientes en este asunto, se encomendará a la Corte Suprema de Justicia que en el momento en que la UGPP haga uso del recurso de revisión anotado, se disponga, dentro del ámbito de sus competencias, si hay lugar a la aplicación de la prelación de turnos de la que trata el artículo 63A de la Ley 270 de 1996, con la adición introducida por la Ley 1285 de 2009.

En el mismo sentido, y dada la competencia que le dio el Legislador en ese mismo artículo a la Procuraduría General de la Nación, se instará a esta entidad a que analice la posibilidad de presentar la solicitud de prelación sobre la que versa esa disposición normativa.

39. Adicionalmente, resulta imperioso destacar que en relación con la inmediatez en los casos en que la UGPP promueve acciones de tutela contra fallos de los jueces ordinarios o contencioso administrativos, esta providencia acoge aquella regla recogida en la **Sentencia SU-427 de 2016**, conforme la cual el análisis sobre la oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse sin dejar de lado las circunstancias y bloqueos institucionales de CAJANAL, que representaron un obstáculo para la defensa de sus intereses y de los del sistema pensional.

El estado de cosas inconstitucional en el que estuvo inmersa CAJANAL hasta el momento de la liquidación de esa entidad, implica que la misma no tuvo ocasión de defender sus intereses en oportunidad y por los mecanismos ordinarios de acción judicial, y que el juez constitucional debe tener en cuenta su imposibilidad fáctica de respuesta para constatar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción. Cargar ahora a la UGPP con la responsabilidad de haber emprendido acciones imposibles, tanto para ella como para su antecesora, resulta desproporcionada y, en casos como estos, impediría la defensa de sus derechos y menoscabaría la posibilidad de mantener sostenible el sistema pensional, en desmedro de los principios constitucionales que lo informan, como el de la solidaridad.

En esa medida si bien la interposición de las acciones en los casos analizados se hizo en un término, a primera vista, irrazonable, lo cierto es que constatadas

las particularidades fácticas del caso es preciso advertir que desde el tiempo en que entró a operar la UGPP, en reemplazo de CAJANAL, y considerado el volumen de expedientes a su cargo, no podría concluirse que el término de formulación de la demanda de tutela fuera excesivo hasta el punto de hacer dudar sobre la urgencia de la intervención del juez de tutela en estos casos concretos. Ello además resulta evidente si se considera que la afectación alegada por la entidad accionante se reputa permanente en el tiempo, pues se trata de una ventaja irrazonable que se concreta mensualmente a favor de las pensionadas vinculadas y en detrimento del sistema pensional.

40. Bajo esa óptica la Sala considera que de las solicitudes de amparo hechas por la UGPP en relación con (1) Judith Cecilia Santander Rovira y (2) Judith Aya de Cifuentes, son procedentes y por lo tanto en lo sucesivo hará el análisis de fondo en cada uno de esos casos.

SEGUNDA PARTE: Análisis sustancial de la acción de tutela

41. Conforme a lo expuesto hasta este punto, el análisis de fondo ha de concentrarse en esta oportunidad en determinar si las autoridades judiciales accionadas comprometieron el derecho al debido proceso de la UGPP, al haber incrementado la mesada pensional de las señoras Santander Rovira y Aya de Cifuentes, con arreglo a vinculaciones precarias que significaron una ventaja irrazonable en materia pensional para cada una de ellas y rompieron el equilibrio que suponen las relaciones de solidaridad en el sistema de seguridad social en pensiones.

Requisitos especiales de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias

42. Una vez establecida la existencia concurrente de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, y solo así, el juez constitucional debe analizar si de los fundamentos expuestos por el accionante, de los hechos y de las intervenciones se puede llegar a desprender la existencia de alguno de los requisitos especiales de procedencia de la acción cuando se formula contra una providencia judicial.

Los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias coinciden con los defectos en los que puede incurrir la autoridad judicial ordinaria, en desarrollo de sus funciones, frente a las partes y al proceso del que conoce. Solo a través de ellos el funcionario judicial puede lesionar el derecho al debido proceso de las partes, intervinientes y/o terceros interesados.

43. La Corte ha edificado un sistema de posibles vicios que afectarían los derechos de las partes en un proceso. Para ese efecto ha establecido diferentes clases de defectos atribuibles a las decisiones judiciales: el **orgánico** (cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma

absoluta, de competencia), el **procedimental absoluto** (cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley), el **fáctico** (cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas que desconocen el sentido del fallo), el **material o sustantivo** (cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible en caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene) el **error inducido** (cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales), la **decisión sin motivación** (cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan), el **desconocimiento del precedente** (cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida y afecta, así, el derecho fundamental a la igualdad), y la **violación directa de la Constitución** (cuando se desconoce el principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa)¹⁰⁷.

44. Considerados los fundamentos de la acción de tutela objeto de estudio, conforme las acusaciones hechas por la UGPP sobre las decisiones judiciales que controvierte, conviene profundizar en la naturaleza del defecto sustantivo y del desconocimiento del precedente constitucional.

Defecto sustantivo

45. Conforme la línea jurisprudencial en la materia, el defecto sustantivo se atribuye a una decisión judicial, cuando ella se edificó a partir de fundamentos de derecho que se tornan inaplicables al caso concreto, cuando éste se definió sin los que le rigen o con base en *“una interpretación que contraríe los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*¹⁰⁸. De tal modo, en términos generales se presenta *“cuando, en ejercicio de su autonomía e independencia, la autoridad judicial desborda con su interpretación la Constitución o la ley”*¹⁰⁹.

Las hipótesis anteriores se configuran en los eventos en los cuales:

“(i) (...) la decisión impugnada se funda en una disposición indiscutiblemente no aplicable al caso; // (ii) (...) el funcionario realiza una ‘aplicación indebida’ de la preceptiva concerniente; // (iii) (...) la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que

¹⁰⁷ Sentencia SU-172 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁸ Sentencia T-073 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁹ Sentencia T-065 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

han definido su alcance; //(iv) (...) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática;// (v) (...) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada;// (vi) (...) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó; porque la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador."¹¹⁰

46. El defecto sustantivo, o material como también se le conoce, se erige como una limitación al poder de administrar justicia y a la autonomía e independencia judicial que conlleva, en el marco del Estado Social de Derecho al que sirve y que ata la interpretación judicial a los principios y valores constitucionales, como a las leyes vigentes. El desconocimiento de los mismos, en la medida en que comprometan derechos fundamentales, habilita la intervención del juez constitucional para su protección. En consecuencia, si bien:

“el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretar el Derecho Penal, Civil, Laboral, Comercial, etc. Sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carece de razonabilidad, y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente (...) [su] intervención (...). En este caso, el juez de tutela tiene la carga de demostrar fehacientemente la existencia de una vulneración del Derecho Constitucional de los derechos fundamentales como condición previa para poder ordenar la revocatoria de la decisión judicial impugnada”¹¹¹.

47. Con todo, cabe anotar que como lo ha sostenido esta Corporación¹¹² el defecto sustantivo abarca múltiples posibilidades que generan un yerro en la aplicación del derecho y, por su trascendencia, el desconocimiento del derecho al debido proceso de las partes, a causa de la elección de fuentes impertinentes o de la omisión de normas aplicables, que bien pueden surgir de las reglas jurisprudenciales que rijan la materia.

Desconocimiento del precedente judicial

48. El precedente judicial es la figura jurídica, que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, pues hace previsibles las consecuencias jurídicas de sus actos¹¹³. En tal sentido, se

¹¹⁰ Sentencia T-073 de 2015. En la misma línea Sentencia T-065 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹¹¹ Sentencia T-065 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹¹² Sentencia SU-298 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹³ MARINON, Luiz Guilherme. El precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica. Ius et Praxis, 2012, vol. 18, no 1, p. 249-266.

concibe como “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.”¹¹⁴ Sin embargo, el precedente no debe identificarse plenamente con toda la sentencia, sino con la regla que de ella se desprende, aquella decisión judicial que se erige, no como una aplicación del acervo normativo existente, sino como la consolidación de una regla desprendida de aquel y extensible a casos futuros¹¹⁵, con identidad jurídica y fáctica.

Con ocasión de la citada definición, y bajo el entendimiento de que “no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto”¹¹⁶, esta Corporación ha diferenciado entre lo que se denomina antecedente jurisprudencial y precedente, en sentido estricto. En las **Sentencias T-830 de 2012 y T-714 de 2013** precisó al respecto que:

*“El (...) –**antecedente**- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que **guían** al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter **orientador**, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (...)*

*[Entretanto, el] –**precedente**-, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”¹¹⁷*

Puede predicarse la existencia de un precedente, en los eventos en los cuales:

“(i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado.

(ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente.

¹¹⁴ Sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁵ Sentencia T-737 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Refiriendo el trabajo de ARRÁZOLA JARAMILLO, Fernando. La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. Universidad de los Andes. Revista de Derecho Público. 34, 1-28, Enero de 2015. ISSN: 19097778.

¹¹⁶ Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁷ Sentencia T-714 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*(iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”.*¹¹⁸

49. Aquel que puede considerarse precedente para un caso posterior, debe consultar la materia del debate que se ventila y la fuente a la que obedece.

Una modalidad particular del precedente es el precedente constitucional, definido como el conjunto de pautas de acción que informan un determinado asunto, identificadas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sobre el alcance de las garantías constitucionales o de la congruencia entre las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, y la Constitución. Su carácter es vinculante, no solo en forma vertical, sino también para los órganos de cierre de las demás jurisdicciones, que en aras de la constitucionalización del derecho, deben procurar por una interpretación sistemática del mismo, que comprende la interpretación auténtica de la Constitución¹¹⁹. En esa medida, tal como se ha establecido previamente:

*“las decisiones judiciales que sean contrarias a la jurisprudencia emitida en Sala de Revisión de la Corte Constitucional, pueden ser objeto de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente constitucional. Igualmente, ha indicado esta Corporación que una actuación contraria a la jurisprudencia constitucional es violatoria de la Carta Política porque atenta contra el desarrollo de un precepto superior contenido en la sentencia, sea de constitucionalidad o de tutela”.*¹²⁰

50. La necesidad de guardar el precedente judicial, como fuente de derecho, está sustentada, básicamente en dos razones. La primera, la protección al derecho a la igualdad de quien acude a la administración de justicia y de la seguridad jurídica; la segunda, el carácter vinculante¹²¹ de las decisiones judiciales *“en especial si son adoptadas por órganos cuya función es unificar jurisprudencia”*¹²².

51. El deber de aplicación del precedente no es absoluto, por lo que el funcionario judicial puede apartarse válidamente de él, bajo las garantías que le otorgan los principios de independencia y autonomía judicial. Para hacerlo, el juzgador debe (i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa.

¹¹⁸ Sentencia T-794 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁹ Sentencia SU-298 de 2015. Op. cit.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Ídem.

¹²² Sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Significa ello que el carácter vinculante del precedente no se erige como un mandato absoluto, en desmedro de la independencia y la autonomía judicial. El derecho se ha reconocido como un sistema en movimiento¹²³, por lo que si bien es preciso resolver los casos concretos con uniformidad, ante situaciones de hecho y de derecho similares, aquel no es el único camino para dilucidar los diferentes casos.

De este modo, aun cuando haya una regla aplicable a un caso concreto sobreviniente, el fallador se puede apartar motivadamente de ella, por cuanto (i) en la *ratio decidendi* de una sentencia previa se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) la *ratio* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso; y (iii) los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente¹²⁴.

52. En esa medida, solo cuando un juez se aísla de un precedente establecido, sin cumplir con la carga ya descrita, incurre en la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial. Debido a que, con ese actuar, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia.

Con todo, para efectos del caso concreto no debe perderse de vista que el desconocimiento del precedente, conforme la **Sentencia SU-298 de 2015**¹²⁵, puede tener una estrecha relación con el defecto sustantivo, en tanto se asume bajo dos circunstancias posibles: (i) cuando se demuestra un defecto sustantivo, en la modalidad de desconocimiento del precedente judicial; o (ii) cuando se da el desconocimiento del precedente en forma autónoma. Según la misma sentencia, se trata de situaciones que, en ciertos eventos, no presentan límites enteramente definidos entre sí, interconectándose y sirviendo como complemento, uno del otro.¹²⁶

Análisis de los casos concretos

53. La Sala encuentra que en los casos concretos, es decir en el que se cuestiona la liquidación judicial de la pensión de las señoras Judith Cecilia Santander Rovira y Judith Aya de Cifuentes, las decisiones proferidas por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Santa Marta, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de agosto de 2003 y por la Sección Segunda, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 7 de octubre de 2004, no desconocieron el precedente constitucional pero si incurrieron en un defecto sustantivo.

Las decisiones judiciales acusadas

¹²³ Sentencia T-714 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²⁴ Sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁶ Ídem.

54. Judith Cecilia Santander Rovira persiguió por vía ordinaria laboral la reliquidación de la pensión inicialmente reconocida por CAJANAL mediante la resolución N°000758 del 23 de enero de 2001. El juez 1° Laboral del Circuito de Santa Marta, quien conoció el proceso, accedió a las pretensiones de la pensionada en su sentencia del 30 de noviembre de 2005. Encontró que toda vez que no se tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales y la pensión debía calcularse en relación con la remuneración más alta devengada durante el último año de servicios prestados, la reliquidación era procedente.

55. Por su parte, Judith Aya de Cifuentes presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CAJANAL, por la expedición de las Resoluciones N°008296 del 15 de mayo de 2000 y N°004366 del 16 de noviembre del mismo año, mediante las cuales se estimó la mesada pensional en un valor de \$5.202.000. Buscaba el reconocimiento de una pensión ordinaria vitalicia equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera percibido durante el último año de servicio y teniendo en cuenta la prima de navidad. En su caso, la asignación mensual más elevada corresponde a aquella recibida durante los 2 meses y 23 días en los que fungió como Magistrada titular del Consejo Superior de la Judicatura.

En primera instancia, mediante sentencia del **28 de agosto de 2003**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, anuló las decisiones administrativas de CAJANAL porque encontró que como quiera que la demandante había cumplido los requisitos para adquirir la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (esto es el 10 de octubre de 1991), era preciso reconocerle una mesada pensional equivalente al 75% de la asignación más elevada que hubiere percibido en el último año de servicios. CAJANAL lo había hecho con base en el promedio percibido durante ese mismo periodo y sin tener en cuenta la prima de navidad, en una aplicación parcial y arbitraria del régimen que le es aplicable.

Para el Tribunal, la calidad de beneficiaria de la señora Aya genera que la liquidación de su pensión y las condiciones para acceder a ella, estén determinadas por el régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es por el Decreto 546 de 1971 y que no puedan ser alteradas ni por la Ley 100 de 1993 ni por el Decreto 314 de 1994, que establecía un tope pensional. La razón es básicamente que el estatus pensional lo consiguió en octubre de 1991.

Sobre la consideración de la prima de navidad para determinar el IBL en el caso de la señora Aya, estimó que las pensiones de los empleados oficiales han de liquidarse sobre los mismos factores que se hayan tenido en cuenta para calcular los aportes.

Apelada esa decisión, el Consejo de Estado en sentencia del **7 de octubre de 2004**, emitida por la Sección segunda, Subsección “A”, la confirmó

esencialmente por las mismas razones, pues encontró que por haber laborado durante más de 29 años en el Ministerio Público y la Rama Judicial y haber cumplido 50 años el 10 de octubre de 1991, le es aplicable el Decreto 546 de 1971.

Los defectos denunciados

56. En cuanto al desconocimiento del precedente constitucional que se alega por la inaplicación de la **Sentencia C-258 de 2013**, baste mencionar que esta última fue proferida después de que las sedes judiciales accionadas tomaran la determinación que se censura. Sin duda, a ninguno de los jueces accionados les era exigible seguir los derroteros o apartarse de una sentencia que aún no había sido proferida por esta Corporación.

57. Sin embargo, conviene destacar que los razonamientos con fundamento en los cuales esa decisión, en un ejercicio de control abstracto de constitucionalidad, declaró la inexecutable de 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 4ª de 1992, así como la expresión “*por todo concepto*”, contenida en su parágrafo, por atentar contra el principio de solidaridad hoy de cara al caso concreto analizado de fondo, permiten derivar conclusiones equivalentes sobre la aplicación del Decreto 546 de 1971 en favor de Judith Cecilia Santander Rovira y Judith Cecilia Santander Rovira.

En esa oportunidad, se llegó a la conclusión de que “*en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, [el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992] 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”¹²⁷.*

Como se destacó en la **Sentencia T-615 de 2015**¹²⁸, la decisión antes referida, encontró por fuera de los límites y valores del sistema de seguridad social en pensiones, el hecho de que la norma denunciada “*favorecía a un sector*

¹²⁷ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²⁸ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

privilegiado de la población a través de recursos públicos, otorgándoles ventajas económicas de las cuales no goza el resto de la población pensionada [;] (...) vulnera el principio de solidaridad, por cuanto los recursos de la seguridad social no se destinan a la población más vulnerable, sino a personas con altos ingresos [; y con lo dispuesto en ella] se evidencia un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen la seguridad social, y un obstáculo al cumplimiento del mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social para cubrir a las personas de menores ingresos que viven su vejez en condiciones de alta vulnerabilidad”.

La incompatibilidad con la Constitución, en el sentido referido, puede verificarse en estos casos concretos. Las señoras Santander y Aya obtuvieron una prestación pensional incompatible con el tiempo de servicio prestado en calidad de funcionarias de menor rango jerárquico y remuneración salarial. Sus mesadas pensionales, reliquidadas por vía judicial, desbordaron los límites que el principio de solidaridad y el ánimo de equidad imponen a los derechos pensionales, y sus posiciones privilegiadas fueron reforzadas a partir de un reconocimiento incongruente con sus historias laborales, si se le aplica el marco temporal del último año de servicio, como lo hicieron los jueces ordinarios¹²⁹.

58. Sobre el segundo de los defectos atribuidos a las providencias judiciales cuestionadas, el defecto sustantivo, la UGPP alega, que se desconoce directamente la Constitución en la medida en que se rompe el principio de sostenibilidad fiscal incorporado en ella mediante el Acto Legislativo 01 de 2005. Pasa por alto esa entidad que, igual que el desconocimiento del precedente, tal acto reformativo de la Constitución es cronológicamente posterior a la iniciación de los procesos judiciales cuyas decisiones son cuestionadas, por lo que es imposible exigir su aplicación por parte de los funcionarios judiciales accionados y menos aún, percibir un yerro con fundamento en él.

Sin embargo, aun cuando el Acto Legislativo fue posterior a los trámites que derivaron en las decisiones judiciales acusadas, ello no impide que por el desconocimiento al debido proceso, fundado en este caso en abuso del derecho, proceda el recurso de revisión del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, aplicable para el momento de expedición de ambas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹³⁰. Y aun sin que ello fuera así, cabe recordar que conforme la **Sentencia C-258 de 2013**, la facultad de revisión de las pensiones obtenidas con fraude a la ley o con abuso del derecho, se extiende a todas la

¹²⁹ Cabe mencionar en este punto que si bien la señora Aya fungió como Directora de Administración Judicial, lo hizo durante 2 años, por fuera del tiempo sobre el cual los jueces ordinarios liquidaron su mesada pensional, cual es el último año de servicios, en independencia del yerro que hoy puede predicarse de la aplicación de ese parámetro temporal, conforme las sentencias C-258 de 2013 y SU-427 de 2016.

¹³⁰ La norma citada entró en vigencia el 29 de enero del año 2003, mientras la primera de las decisiones judiciales que se cuestiona data de agosto del mismo año.

mesadas así reconocidas¹³¹ y sobre las que aun pueda abrirse el debate en cada una de las jurisdicciones competentes para dirimirlo, mediante ese recurso.

59. Ahora bien, la censura sobre los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa también se fundamenta en el desconocimiento de los principios generales de la seguridad social y, en especial, del principio de solidaridad del sistema pensional.

Para el momento en que se profirieron los fallos ordinarios, ese principio se encontraba expresamente consagrado en el artículo 48 de la Constitución, por lo que sí era exigible su aplicación y cualquier ejercicio hermenéutico sobre las normas que estructuran el sistema de seguridad social, no podía pretermitirlo o abandonarlo. Según el mencionado artículo, incluso en su versión inicial, *“la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (...)”*.

En la **Sentencia C-529 de 2010**¹³², esta Corporación hizo énfasis en la relación inescindible que hay entre el principio de solidaridad y la sostenibilidad del sistema de seguridad social. En esa oportunidad destacó que:

“La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario (...). La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona ‘y la comunidad’, para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y “la sociedad” desarrollen, se pueda proporcionar la “cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica”, con el fin de lograr el bienestar individual y “la integración de la comunidad”:
La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (...) individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto, y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de

¹³¹ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. *“Aquellas pensiones adquiridas de forma ilegal, con fraude a la ley o con abuso al derecho. Éstas se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013”*, asegurando el respeto al derecho al debido proceso de los pensionados.

¹³² M.P. Mauricio González Cuervo.

eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales. De lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable. Pero no cabe duda que la seguridad social sólo existe como desarrollo del principio solidario, sólo es posible gracias a él, y está concebido para hacerlo realidad.”

El rompimiento de los parámetros de la solidaridad, que implican básicamente el apoyo mutuo en la asunción de los riesgos asociados al mínimo vital, con la búsqueda de una prestación más elevada que aquella que responde a la historia laboral propia, genera un beneficio que supone una ventaja que contradice el esquema de la seguridad social mismo. Constituye ello un abuso del derecho como *“la otra cara del fraude a la ley, ahora mirada desde la acción cometida por el titular de un derecho (...) como un ejercicio manifiestamente irrazonable o desproporcionado”*¹³³.

La existencia del principio de solidaridad, constitucional y legalmente, se traduce no en una mera expectativa o axiología carente de sentido. Implica necesariamente que el sistema de seguridad social al que afecta debe servirse de él al momento de aplicar sus normas, y al mismo tiempo que ha de alcanzarlo a través de las disposiciones que lo forjan como un todo. Las decisiones que, en el marco del sistema de seguridad social en pensiones, en este caso, sin tener presente la operatividad de los principios, puede llegar a engendrar un contrasentido que vacíe el conjunto de normas que el Legislador ha estructurado.

En esa medida, haber reliquidado la pensión de las señoras Santander y Aya sin tener en cuenta que la vinculación precaria de la que fueron beneficiarias, le otorgó una ventaja irrazonable que no encuentra correspondencia con su historia laboral, implica sin lugar a dudas que la interpretación de las disposiciones aplicables al caso concreto, contenidas en el Decreto 546 de 1971, se hizo sin tener en cuenta otras normas aplicables que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática de ella; con lo que se subsume la conducta de las autoridades judiciales denunciadas en un defecto sustantivo, conforme lo mencionado sobre él en esta providencia.

Dado el sentido que se le dio a las normas aplicables al caso de Judith Cecilia Santander Rovira y Judith Aya de Cifuentes, sin atender las finalidades ni el conjunto de principios que orienta el sistema de seguridad social en pensiones, se defraudó la solidaridad que lo rige, pues con un incremento excesivo de las mesadas pensionales que inicialmente les fueron reconocidas y como consecuencia, en cada caso, de una vinculación precaria, obtuvieron un beneficio que carga ostensiblemente a los fondos de naturaleza pública con los que se financian las prestaciones pensionales de los demás colombianos que han contribuido para solidificarlo. En términos generales, en el caso objeto de estudio, el derecho pensional se adquirió a través de la interpretación de reglas,

¹³³ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que en el caso concreto de las señoras Santander y Aya, consideradas en forma aislada y no bajo una interpretación sistemática, produjeron resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico consagrado en materia de seguridad social en la Constitución de 1991. El ejercicio hermenéutico de las autoridades judiciales ordinarias terminó por privilegiar una aplicación aislada de la ley que no permitió la armonía del ordenamiento constitucional, y desconoció la supremacía del texto constitucional hasta el punto de hacer inoperante los principios del sistema de seguridad social en pensiones, que derivan de él.

Con ocasión de lo anterior, la Sala encuentra que en efecto, las decisiones de la jurisdicción laboral ordinaria y de lo contencioso administrativo desconocieron el derecho al debido proceso de la UGPP, por lo que la Corte deberá ampararlo y restablecerlo, para que las prestaciones reconocidas a ambas pensionadas se ajunten conforme los parámetros jurisprudenciales que han precisado los alcances del régimen de transición y del principio de solidaridad.

Para hacerlo, se dejarán sin efectos las sentencias cuestionadas en el caso de Judith Cecilia Santander Rovira y Judith Aya de Cifuentes. En su lugar, se concederá el amparo al derecho al debido proceso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en la medida en que las sentencias, incurrieron en un defecto sustantivo que atentó contra las garantías del debido proceso.

Ahora bien, se advertirá que el periodo de gracia de 6 meses desde la notificación de la resolución de reliquidación de la UGPP, previsto en la **Sentencia SU-427 de 2016**, será aplicable en esta oportunidad en respeto del derecho a la igualdad de las pensionadas vinculadas.

60. En suma, la Sala estima que las autoridades demandadas en las providencias cuestionadas incurrieron en un defecto sustantivo, por cuanto la reliquidación pensional de Judith Aya de Cifuentes y Judith Cecilia Santander Rovira, no tuvo en cuenta el principio de solidaridad que informa el sistema de seguridad social en pensiones.

Síntesis de la decisión

61. La Sala Plena de esta Corporación considera que es procedente la acción de tutela cuando es promovida por la UGPP para controvertir decisiones judiciales proferidas antes del 12 de junio de 2013 y originadas en un abuso del derecho, a pesar de la existencia del recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, siempre que dicho abuso del derecho haya emergido en forma palmaria. Para analizar la oportunidad de la interposición de la acción es preciso considerar las circunstancias de inoperancia institucional que rodearon a la extinta CAJANAL, que no puede ser trasladada a la UGPP para efecto de impedirle asegurar, a través de su derecho al debido proceso, la sostenibilidad del sistema pensional.

Entonces, la UGPP se encuentra facultada para cuestionar por vía de tutela, exclusivamente, sentencias judiciales que, con ocasión de un abuso del derecho en modo palmario, hayan hecho reconocimiento de mesadas pensionales sin advertir la existencia de vinculaciones precarias y con fundamento en ellas. En virtud del principio de inmediatez, tal posibilidad la mantendrá por seis meses contados a partir de la notificación de esta decisión.

Pensiones logradas a través de abuso del derecho, del que no sea demostrado su carácter palmario por parte de la UGPP solo podrán ser discutidas por ella mediante el recurso de revisión regulado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por debido proceso, o por cualquier norma que desarrolle el mandato incorporado en la Constitución, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005.

62. De los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta providencia, se extrae que en el caso de las señoras Santander y Aya, en los que por vía judicial se reliquidaron prestaciones pensionales hasta incrementarlas en forma excesiva, sin advertir que cada una de ellas tuvo lugar con ocasión de una vinculación precaria, las decisiones judiciales habrían hecho una valoración parcial de la normatividad aplicable, con lo que incurrieron en un defecto sustantivo.

La inadvertencia sobre la sujeción de las disposiciones normativas que rigen el sistema de seguridad social en pensiones a los principios de solidaridad, universalidad e igualdad que lo inspiran y marcan el alcance de los derechos pensionales, implicó por un lado, la concreción de un ejercicio abusivo del derecho y por el otro, el compromiso actual de los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia de la UGPP.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR los fallos de segunda y primera instancia, proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 27 de abril de 2016 y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 16 de diciembre de 2015 respectivamente, en el expediente T-5.574.837. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al debido proceso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Santa Marta, el 30 de noviembre de 2005, en el marco

del proceso laboral iniciado por Judith Cecilia Santander Rovira contra la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EICE-.

Tercero. REVOCAR las sentencias de segunda y primera instancia, emitidas en el expediente T-5.631.824, por la Sección Quinta de la Sala de Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 26 de mayo de 2016 y por la Sección Cuarta de la misma Corporación, fechada el 25 de febrero de 2016, por los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al debido proceso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Cuarto. DEJAR SIN EFECTOS las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de agosto de 2003, y por la Sección Segunda, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 7 de octubre de 2004, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, formulado por Judith Aya de Cifuentes en contra de la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EICE-.

Quinto. ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, requiera la pensión reconocida a las señoras Judith Cecilia Santander Rovira y Judith Aya de Cifuentes teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de los ingresos percibidos por la afiliada en los diez últimos años de servicio, incluyendo los factores salariales sobre los cuales se realizaron efectivamente las cotizaciones.

Sexto. ADVERTIR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- que la disminución de la mesada pensional reconocida a Judith Cecilia Santander Rovira y a Judith Aya de Cifuentes no tendrá efectos de manera inmediata, sino que los mismos entrarán a regir luego de transcurridos seis meses contados a partir de la notificación de la resolución que se expida por la entidad demandante en cumplimiento de esta providencia, así como que con fundamento esta sentencia no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero ya percibidas.

Séptimo. CONFIRMAR las decisiones de tutela de primera y segunda instancia, proferidas el 14 de junio de 2016 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el 11 de marzo de 2016 por la Sala de Casación Laboral de ese mismo órgano, en el expediente T-5.640.742 a causa de la improcedencia de la acción.

Octavo. ADVERTIR a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado que el desconocimiento del precedente fijado en la Sentencia SU-427 de 2016 y en esta providencia en relación con la procedencia del recurso de revisión

establecido en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, habilita a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- para acudir a la acción de tutela y salvaguardar sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

Noveno. INSTAR al Procurador General de la Nación, para que a petición de la UGPP evalúe la posibilidad de solicitar ante la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado, la prelación de turnos de la que trata el artículo 63A de la Ley 270 de 1996.

Décimo. COMUNICAR esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de la Secretaría General de esta Corporación.

Undécimo. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

ROCÍO LOAÍZA MILIÁN
Secretaria General (e.)