

Bogotá D.C., noviembre de 2022

URGENTE TUTELA
PROTECCION DE
RECURSOS
PÚBLICOS
\$914.529.456

Honorable:
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Palacio de Justicia Calle 12 No.7 – 65
secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
Accionados: Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”
Vinculado: Agustín Sierra Garza C.C. 7.211.817

DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR, actuando en calidad de Gerente de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, debidamente facultado por el Acuerdo 131 del 26 de abril de 2018, punto 4.4 – 4.4.3, que dispuso que la Gerencia de Defensa Judicial estaría facultada para representar judicial y extrajudicialmente en acciones constitucionales, por medio del presente escrito, interpongo acción de tutela en contra del Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, con el fin que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y de la seguridad jurídica, vulnerados a la entidad que represento, por las razones que más adelante se expondrán:

REFLEXIONES PRELIMINARES

Las decisiones que emita una autoridad judicial en cualquier tipo de acción y que contengan, sin fundamento válido, la separación directa de normas legales, preceptos constitucionales o que violen el debido proceso se constituyen en una causal de procedibilidad para el amparo a través del mecanismo de tutela.

En este caso, el Instituto de Seguros Sociales – ISS reconoció pensión de vejez a favor del señor Agustín Sierra Garza, a partir del 30 de marzo de 2006, en cuantía de \$788.448,

liquidada de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Posteriormente, el asegurado promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo como pretensión la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; dicha solicitud fue resuelta mediante sentencia del 16 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, mediante fallo del 13 de febrero de 2014, por la cual se condenó a esta Administradora a reliquidar, a título de restablecimiento del derecho, la pensión de jubilación a favor del señor Agustín Sierra Garza, en monto equivalente al 75% de todos los factores de salario devengados por el actor en el último año de servicios.

Lo anterior, no solamente se opone a la ley y al precedente, sino que, adicionalmente, genera un impacto fiscal gravísimo en los recursos de la seguridad social por cuanto **la diferencia generada entre la mesada pensional liquidada con el último año, y la ajustada a la ley (últimos 10 años)**, para el año 2022, equivale a la suma de **\$4.575.216**.

En este sentido, deben señalarse los siguientes ejes de análisis para la procedencia de la presente acción:

1. La providencia incurrió en un **defecto sustantivo**, como quiera que desconoció el alcance dado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 desde el año 1995 por parte de la Corte Constitucional, en sentencias C – 168 de 1995 y C – 596 de 1997, en el sentido que el régimen de transición solo incluye (i) edad, (ii) tiempo y (iii) monto (tasa de reemplazo).
2. La decisión proferida por los operadores judiciales **desconoce el precedente constitucional**, fijado en las sentencias C – 168 de 1995, C – 596 de 1997, C – 258 del 07 de mayo de 2013, SU – 230 de 29 de abril de 2015, SU – 427 de 2016, SU – 210 de 2017, SU – 395 de 2017, SU – 631 de 2017, SU – 023 de 2018, SU – 068 de 2018, T – 109 de 2019 y T – 619 de 2019 de la Corte Constitucional, donde se señala de manera expresa que el IBL no hace parte del régimen de transición.
3. Adicionalmente, la decisión proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, derivó en un **abuso palmario del derecho**, por lo siguiente:
 - ✓ **Incremento irrazonable de la mesada pensional:** la liquidación de conformidad con el fallo contencioso generó un incremento del **305% del valor de la mesada pensional** confrontada con la liquidación de la mesada que en derecho le correspondería, esto es, calculando el IBL con base en el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio y no con fundamento en la aplicación ultractiva del régimen de transición. Ello, como producto de la errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el desconocimiento del precedente de las altas Cortes, que derivó en un perjuicio a las finanzas del Estado y, con ello, del sistema pensional.

- ✓ **El abuso del derecho se hace evidente en el cálculo de la reserva actuarial que a continuación se muestra**, en el que se hace ostensible la diferencia de la mesada y lo que a futuro representa para el Sistema General de Pensiones.

Diferencias de las mesadas pensionales en el año 2022:

VALOR PENSIÓN FALLO CALCULADO POR EL JUZGADO CON EL ÚLTIMO AÑO	VALOR LIQUIDADO EN DERECHO	DIFERENCIA (305%)
\$6.071.563	\$1.496.347	\$4.575.216

Reserva actuarial, se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Agustín Sierra Garza, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Cálculo a noviembre 2022 (Mesada último año)	Cálculo a noviembre 2022 (Mesada en derecho)	Diferencias Reserva Actuarial
\$1.221.587.801	\$307.058.344	\$914.529.456

Como se observa a futuro el detrimento patrimonial equivaldría a \$914.529.456.

La Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación No. 427 de 2016, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, señaló:

“El juez constitucional no puede ser ajeno al hecho de que una afectación grave de los ingresos y recursos del sistema de seguridad social no sólo perjudica la estabilidad financiera de la entidad administradora, sino también los derechos prestacionales de sus afiliados (...)”

- Así mismo, la sentencia encartada **Viola de manera directa la Constitución**, específicamente los artículos 48, 229 y del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional ha permitido que, en situaciones como la presente, en las que se observe un evidente abuso del derecho, procedan acciones de tutela con el fin de salvaguardar los recursos del Sistema General de Pensiones.

1. PARTES

PARTE ACTIVA:

1 Corte Constitucional, Sentencia SU-427 de 2016.

Es accionante la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con domicilio principal en Bogotá, quien obra a través del suscrito **DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR**, en mi condición de Gerente de Defensa Judicial de la Entidad.

PARTE PASIVA:

Son accionados el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, autoridades judiciales que profirieron las sentencias de fechas 16 de agosto de 2013 y 13 de febrero de 2014, respectivamente, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho, identificado bajo radicado No. 11001333302120120037100, en el que fungió como demandante el señor Agustín Sierra Garza y como demandado Colpensiones.

CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO

Teniendo en cuenta que terceras personas pueden tener legítimo interés en la presente acción constitucional, y considerando el nexo causal entre el señor Agustín Sierra Garza y el proceso contencioso administrativo radicado No. 11001333302120120037100, de manera respetuosa solicito a su señoría se le vincule a este proceso para permitirle ejercer su derecho de defensa y contradicción.

2. HECHOS

PRIMERO: El Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a favor del señor Agustín Sierra Garza, mediante Resolución No. 042758 del 18 de septiembre de 2009, en cuantía de \$788.448, efectiva a partir del 30 de marzo de 2006, por haber cumplido los requisitos mínimos establecidos en la Ley 33 de 1995, aplicada por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y concediendo un retroactivo de \$41.795.202.

Cabe anotar que el cálculo del ingreso base de liquidación fue efectuado con fundamento en lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: Mediante Resolución No. 48120 del 20 de octubre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales subsanó inconsistencias presentadas en la Resolución No. 042758 del 18 de septiembre de 2009, ingresándose nuevamente en la nómina de pensionados al Señor Agustín Sierra Garza, a partir del 30 de marzo de 2006, en cuantía de \$788.448 y con un retroactivo de \$42.732.623.

TERCERO: El 06 de mayo de 2011, el señor Agustín Sierra Garza radicó derecho de petición ante el Instituto de Seguros Sociales solicitando la reliquidación de la pensión de vejez, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Dicha solicitud no fue resuelta por el Instituto de Seguros Sociales.

CUARTO: Inconforme con la liquidación de su mesada pensional, el señor Agustín Sierra Garza promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declarara la nulidad parcial de las Resoluciones No. 042758 del 18 de septiembre de 2009 y No. 48120

del 20 de octubre de 2009 y del acto ficto que resolvió negativamente la petición de reliquidación pensional y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenara la reliquidación de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985, calculando el ingreso base de liquidación con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Esta acción fue asignada al Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, bajo radicado No. 11001333302120120037100.

QUINTO: El 16 de agosto de 2013, el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda emitió sentencia a través de la cual resolvió:

PRIMERO: DECLARAR configurado el acto ficto o presunto negativo, originado por el silencio de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES a la petición radicada el 6 de mayo de 2011, en donde el señor AGUSTIN SIERRA GARZA, solicita la reliquidación de la pensión mensual de jubilación con la totalidad de factores salariales y la indexación de la primera mesada pensional.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto negativo, originado por el silencio de la entidad a la petición radicada el 8 de mayo de 2011, donde se requiere la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios e indexación de la primera mesada pensional

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la resolución 042758 del 18 de septiembre de 2009, artículo primero y parágrafo en cuanto no liquidó en debida forma la prestación del señor AGUSTIN SIERRA GARZA identificado con la C.C. 7.211.817 de Duitama, al no incluir la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios y haber omitido la indexación de la primera mesada pensional.

CUARTO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 048120 del 20 de octubre de 2009, en razón a que liquidó de forma errada el retroactivo cancelado por concepto de mesada pensional, al tomar los valores establecidos en la resolución No. 042758 del 18 de septiembre de 2009.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, reliquidar la pensión de jubilación del señor AGUSTIN SIERRA GARZA identificado con la CC.7.211.817 de Duitama, con el 75% promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, esto es entre el 10 de marzo de 1997 y el 9 de marzo de 1998, incluyendo además de los ya reconocidos los siguientes: **prima semestral, prima de vacaciones, prima de navidad y quinquenio**

SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Actualice de forma progresiva con sujeción al IPC del 9 de marzo de 1998 al 30 de marzo de 2006, la primera mesada pensional, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el demandante en el último año de

prestación del servicio y, una vez actualizada aplique en adelante la incidencia o incremento progresivo en las correspondientes mesadas pensionales.

SEPTIMO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos del artículo 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Sin prescripción.

NOVENO: CONDENAR en costas a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, liquídense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

DECIMO: Ejecutoriada la presente providencia, expídanse copias de la sentencia al interesado conforme al artículo 115 del C.P.C., hágase la liquidación de gastos del proceso, y archívese el expediente. En caso de quedar remanentes, los mismos deben ser reclamados dentro del término de ley, so pena de la declaración de prescripción.

DECIMO PRIMERO: NOTIFIQUESE a las partes en la forma establecida en el artículo 203 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 247 ibídem.

SEXTO: Colpensiones apeló el fallo de primera instancia precitado, manifestando que el reconocimiento de la pensión se realizó conforme a lo ordenado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece expresamente la forma de calcular el Ingreso Base de Liquidación – IBL de las prestaciones reconocidas conforme al régimen de transición y, además, teniendo en cuenta los factores salariales señalados por el Decreto 1158 de 1994.

SÉPTIMO: En segunda instancia se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, con sentencia del 13 de febrero de 2014, a través de la cual ordenó lo siguiente:

PRIMERO: Se **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia de 16 de agosto de 2013, mediante la cual el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda promovida por AGUSTIN SIERRA GARZA identificado con cedula de ciudadanía No 7.211.817 contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se **MODIFICA** el numeral **QUINTO** de la sentencia de 16 de agosto de 2013, mediante la cual el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

“QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, reliquidar la pensión de jubilación del señor AGUSTIN SIERRA GARZA, identificado con la CC.7.211.817 de Duitama, con el 75% promedio de la asignación básica más de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, esto es entre el 10 de marzo de 1997 y

el 9 de marzo de 1998, los cuales son: gastos de representación, prima técnica, prima de antigüedad, prima semestral, prima de vacaciones, prima de navidad y quinquenio”

TERCERO: Se **ADICIONA** el fallo recurrido en el sentido de ordenar a la entidad accionada descontar los aportes para pensión correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal, aclarando que dichos aportes deben ser en el porcentaje que corresponda al trabajador, pues lo que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora, la entidad demandada repetirá contra ella para obtener su pago, debidamente actualizado con el I.P.C. con la fórmula del Consejo de Estado.

OCTAVO: En atención a la orden judicial impartida, Colpensiones procedió a emitir la Resolución GNR 253600 del 20 de agosto de 2015, por medio de la cual se reliquidó la pensión de vejez, tomando en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados por el asegurado durante el último año de servicio, para una cuantía de \$3.199.199, efectiva desde el 30 de marzo de 2006, lo que produjo un retroactivo de \$357.580.086, luego de los descuentos a salud.

NOVENO: Aun inconforme con la liquidación realizada por Colpensiones, la parte demandante adelantó proceso ejecutivo contra esta entidad. En consecuencia, el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, mediante providencia del 31 de agosto de 2017 declaró probada la excepción de pago total de la obligación.

DÉCIMO: Dado que el demandante apeló la decisión del 31 de agosto de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia del 04 de junio de 2020, ordenó seguir adelante con la ejecución en contra de Colpensiones por la suma de \$70.161.891,04 que corresponde a **“diferencias de mesadas pensionales, indexación de las mesadas e intereses moratorios”**.

En presencia de todo lo expuesto, una vez analizado el caso y los hallazgos encontrados, se evidencia que la orden impuesta por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, es susceptible de ser atacada por la vía de la acción de tutela, por las siguientes razones:

- El Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D incurrieron en defecto sustantivo al dar una aplicación indebida al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 oponiéndose a las reglas fijadas en las sentencias C – 168 de 1995 y C – 596 de 1997, en las cuales la Corte Constitucional aclaró que quienes son beneficiarios del régimen de transición se les debe liquidar con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que les faltare.
- Aunado a ello, el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, al ordenar reliquidar y pagar los ajustes económicos de la pensión de jubilación, con

base en el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, generó una ventaja pensional irrazonable a favor del asegurado, en el entendido que se ordenó tener en cuenta para la liquidación todos los factores salariales del último año de servicios, aun aquellos sobre los que no se realizó cotización alguna, lo que decantó en un aumento excesivo de la mesada, diferencia porcentual del **305%**, monto pensional que no guarda relación con el valor de los aportes efectuados durante toda su vida laboral y que constituyen la principal fuente de financiación de las prestaciones económicas.

- Por último, la Corte Constitucional en casos como el presente –reconocimiento de pensiones con desconocimiento de la regla fijada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respecto del IBL a tener en cuenta- ha advertido que, cuando se avizore abuso palmario del derecho, será procedente adelantar la acción de tutela.

Así las cosas, bien puede indicarse que la decisión proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, objeto de la presente acción, conlleva un abuso palmario del derecho en la medida en que representa un perjuicio irremediable a las finanzas del Estado y, en últimas, al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo que en primera medida da lugar a la interposición de la presente acción de tutela.

3. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS GENERALES Y ESPECIFICOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELAS CONTRA PROVIDENCIAS

Desde sus primeras providencias (C – 543 de 1992)², la Corte Constitucional admitió la posibilidad de que mediante el empleo de la acción de tutela se pueden controvertir providencias judiciales, cuando las autoridades, en lugar de actuar en derecho, lo hacen a través de vías de hecho o graves irregularidades que, de manera flagrante y grosera, violentan los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política.

Aunque, por regla general, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente, su ejercicio está francamente permitido como mecanismo subsidiario y preferente de defensa cuando la actuación de una autoridad judicial viola o amenaza grave e irremediablemente un derecho fundamental.

Bajo este entendido, los precedentes judiciales establecidos por la Corte Constitucional (C – 590 de 2005), han exigido que para que pueda invocarse la protección de la acción de tutela, resulta menester acreditar una serie de requisitos de carácter general (referidos a la procedibilidad de la acción de tutela) y otros específicos (relativos a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales).

² En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 41 del Decreto 2591 de 1991 y precisó que “De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias”. Sentencia C-543 de 1992.

De esta forma, si el peticionario logra demostrar dentro del proceso el cumplimiento de estos requisitos, el juez estará en la obligación de revisar la providencia judicial atacada y proceder a proteger los derechos fundamentales que han sido desconocidos, interviniendo cuando advierta la trasgresión de un mandato constitucional en concreto, caso en el cual deberá adoptar las medidas que considere necesarias a objeto de restablecer la situación y así garantizar la protección del derecho fundamental afectado.

Los fallos jurisdiccionales que presenten irregularidades o que contraríen los postulados constitucionales, pueden incurrir en vías de hecho, lo que permite acudir a la mencionada acción constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales. Esta posibilidad jurídica que ha sido desarrollada jurisprudencialmente y que, hoy en día, es denominada como la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, requiere, como ya se indicó, el cumplimiento de unos claros y precisos presupuestos para que pueda prosperar.

Precisamente, en sentencia SU – 773 de 2014 la Corte Constitucional, al respecto, recordó que:

“La Sala Plena de la Corte en la sentencia C-590 de 2005, expuso el precedente vigente sobre la materia, en ella se distingue entre requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Los primeros tienen que ver con las condiciones fácticas y de procedimiento, que buscan hacer compatible el amparo con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional. Los segundos, se refieren a la descripción de los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.”

Para Colpensiones, como se explica a continuación, el caso en estudio reúne todas las características procedimentales y legales para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales. En este sentido, para efectos metodológicos, en primer lugar, siguiendo la construcción dogmática de la Corte Constitucional³, esta administradora acreditará los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la decisión proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y sustentará la configuración de los defectos o causales específicas de procedibilidad.

Adicionalmente, se reitera, la Corte Constitucional habilitó este mecanismo constitucional tratándose de asuntos de IBL, en cuanto ha sido enfática en señalar que procede la acción de tutela con mayor claridad cuando hay un abuso palmario del derecho.

1. ADECUACIÓN DE LOS REQUISITOS GENÉRICOS PARA ESTABLECER LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN

³ Sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005 y C-591 de 2005.

Como se enunció antes, siguiendo la dogmática de la jurisprudencia constitucional, más Específicamente Lo Señalado En Las Sentencias C – 543 De 1992, C – 590 De 2005, C – 591 De 2005 Y SU – 023 De 2018, Esta Administradora Procederá A Sustentar La Procedencia De Las Causales Genéricas De Procedibilidad De La Acción De Tutela (T – 1100 De 2008, SU – 659 De 2015, Entre Otras), Que Han Sido Establecidas Por La Jurisprudencia De La Corte Constitucional De La Siguiente Manera.

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

El asunto que se debate reviste innegablemente relevancia constitucional, pues se busca la protección inmediata del núcleo esencial de los derechos fundamentales afectados, debido proceso y acceso a la administración de Justicia de Colpensiones, como sujeto de derechos, en conexidad con el desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, vulneración que afecta indefectiblemente los derechos fundamentales de toda la comunidad de afiliados y pensionados adscritos al Régimen de Prima Media. Esto, en razón de un fallo judicial que ordenó una reliquidación pensional ostensiblemente desproporcionada y con abuso palmario del derecho del 305% de incremento.

Lo anterior, como quiera que los límites impuestos legal y constitucionalmente al régimen pensional garantizan el principio de igualdad material y solidaridad, que es una forma válida de asegurar el acceso a la pensión a un mayor número de personas, sobretodo de aquellas que reciben menos ingresos, pues solo se asegura la sanidad y sostenibilidad del sistema y se materializa la solidaridad (C – 078/17) en la medida de que las prestaciones económicas reconocidas guarden coherencia con su fuente de financiación, los aportes efectuados en su historia laboral, razón por la cual resulta inadmisibles que se otorguen ventajas irrazonables y un trato diferenciado carente de justificación objetiva a cierto grupo personas en desmedro de los intereses generales de todo los afiliados al Sistema Pensional.

Descendiendo al caso que nos ocupa, la vulneración de derechos fundamentales y el detrimento del tesoro público deprecado encuentran su génesis en el cumplimiento de un fallo judicial que ordenó la liquidación de la mesada pensional a favor del señor Agustín Sierra Garza, con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios prestados, que derivó en el aumento del monto pensional en un porcentaje equivalente al **305% de la mesada que le correspondería en derecho**, como producto de la aplicación indebida del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 33 de 1985.

Amén de lo anterior, está en entredicho la aplicación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha establecido que las pensiones deben liquidarse con un IBL equivalente al promedio de los ingresos devengados en los últimos diez años de servicios o lo que faltare para cumplir si es menos de 10 años, pues este no hace parte del beneficio de la transición, lo que plantea una clara vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de Colpensiones.

Adicionalmente, es importante destacar que el artículo 48 de la Constitución Política, garantiza el acceso a la seguridad social, a través de los principios de eficiencia y eficacia que se ven representados a través de la sostenibilidad del sistema, mismo que se ve afectado con

decisiones como la impugnada, pues ello implica reconocer y pagar con abuso del derecho mesadas pensionales que contradicen los criterios de sostenibilidad financiera al punto de incursionan en el ámbito de la mala fe.

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado, en diversas sentencias, tales como la C – 258 de 2013, A – 326 de 2014, T – 078 de 2014, SU – 230 de 2015, T – 513 de 2016, T – 615 de 2016, SU – 427 de 2016, T – 591 de 2016, SU – 210 de 2017, SU – 395 de 2017, SU – 23 de 2018, SU – 068 de 2018, T – 109 de 2019 y T – 619 de 2019 que casos como el *sub lite* tienen una relevancia constitucional.

Conforme a todo lo antes esbozado, el presente caso tiene relevancia constitucional porque plantea la violación de derechos fundamentales de Colpensiones como sujeto de derechos y del principio de sostenibilidad fiscal del sistema de seguridad social que, a su vez, supone vulneración de derechos de toda la comunidad de afiliados y pensionados adscritos al Régimen de Prima Media.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable

En el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado No. 11001333302120120037100, Colpensiones ejerció activamente la defensa de sus intereses así:

- En primera instancia se presentó escrito de contestación de la demanda y alegatos de conclusión, poniendo de presente la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional en la que se había fijado el alcance normativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en la que específicamente se indicó que el IBL no fue un aspecto sometido al régimen de transición, razón por la cual no debía aplicarse la norma anterior a su vigencia en relación con ese punto. Así mismo, se manifestó que el acto administrativo atacado en el medio de control de nulidad se encontraba ajustado a la ley, a la Constitución y a la hermenéutica fijada por la Corte, razón por la cual, no procedía su declaratoria de nulidad.
- Se interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, como quiera que desconocía el precedente constitucional fijado en materia de IBL.

Por otro lado, es evidente que no existe otro medio de defensa que permita cesar de manera urgente e inmediata la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de Justicia de Colpensiones, restando únicamente la presente vía constitucional para lograr su amparo efectivo y evitar un perjuicio irremediable a las arcas del Estado, al sistema pensional y con ello a los miles de beneficiarios del mismo. Vía que fue habilitada por la Corte Constitucional, pues, entre otras sentencias, en la SU – 427 de 2016 señaló:

“c) En caso de verificarse la configuración de un abuso del derecho, el juez constitucional deberá dejar sin efectos las providencias judiciales que avalaron el mismo, y disponer que se reajuste la prestación conforme al ordenamiento jurídico constitucional”.

Adicionalmente, en la misma sentencia agrega que en los casos en los que se evidencie un abuso palmario del derecho, se permite la irrupción del recurso de amparo como mecanismo preferente.

En relación con este tema, la Corte Constitucional ha explicado que el concepto de perjuicio irremediable, “*está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho.*”⁴ En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia, que se resumen: en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención, los cuales aquella ha explicado, así:

*“La inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”*⁵

En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha definido el alcance del perjuicio irremediable determinando, en primer lugar, que debe ser inminente o próximo a suceder. Para ello se debe contar con un grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta fundamentalmente la causa del daño.

En segundo lugar, **el perjuicio debe suponer un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), susceptible de determinación jurídica.** Y, por último, las medidas de protección deben ser impostergables, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable⁶.

Ahora bien, en el presente caso se advierte que concurren los supuestos que permiten aplicar los criterios anteriormente mencionados, para efectos de habilitar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no

4 Sentencia SU-617 de 2013.

5 Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

6 Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T-015 de 1995, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013.

son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, **sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.**

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que **constituye un perjuicio irremediable, el reconocimiento de una pensión de vejez con abuso del derecho, como ocurrió en el *Sub lite***, lo que se procederá a demostrar más adelante.

En todo caso, no sobra olvidar que, recientemente, en la sentencia T – 334 de 2021, la Corte Constitucional señaló lo siguiente frente al cumplimiento del requisito de subsidiariedad para los casos de liquidación del IBL a la luz de un claro abuso del derecho, en eventos en los que se ha vencido la oportunidad de adelantar la acción extraordinaria de revisión como en el presente caso:

*La Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, pues si bien no se apelaron las sentencias acusadas, **ni se interpuso el recurso extraordinario de revisión, oportunidad que ya expiró, como se evidencia en el cuadro No. 5 , lo cierto es que, a primera vista, la entidad está ante un perjuicio irremediable, si se tiene en cuenta que en los casos objeto de estudio se alega la consolidación de prestaciones económicas obtenidas a partir de un abuso palmario del derecho.** Esto debido a que la última vinculación de los pensionados fue precaria, por su brevedad, ya que a menos de un año de su retiro, en cinco de ellos , y a catorce meses en el otro , se desempeñaron en cargos de mayor jerarquía y remuneración, en descongestión, comisión, encargo y libre nombramiento y remoción, cuyo salario incidió significativamente en el incremento desproporcionado de su actual mesada, con relación a lo que devengaron en el transcurso de su vida laboral, afectando el interés general y las finanzas públicas, como se puede observar en el cuadro No. 6.*

Descendiendo al *Sub iudice*, las finanzas públicas más específicamente los recursos de la Seguridad Social se encuentran ante un inminente peligro de daño *lufundamental*, denominado perjuicio irremediable, representado en el pago de una mesada pensional excesiva liquidada de manera indebida, esto, de cara a lo dispuesto en la jurisprudencia inobservada por los Despachos accionados.

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo antes citado, se solicita respetuosamente a su Despacho tener por satisfecho este requisito.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración

Sea lo primero puntualizar que, el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela podrá ser promovida “*en todo momento y lugar*”, razón por la cual no está sujeta a términos de caducidad de la acción, dada la naturaleza de los derechos que busca proteger. Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta que el mismo articulado consagra que esta acción tiene por objeto la protección inmediata de los derechos aducidos, la Corte Constitucional ha establecido que la misma debe promoverse dentro de un término razonable.

Ahora bien, la razonabilidad del término de interposición de la acción de tutela implica que el Juez deba evaluar las circunstancias específicas del caso, de acuerdo a los principios de la sana crítica, con miras a comprobar si existe justificación en la inactividad del Accionante y, ante todo, determinar si la vulneración de derechos fundamentales alegada por la parte actora es permanente, continua y actual, que amerite la intervención del Juez Constitucional y la imposición de una medida de corrección en el caso concreto.

Así las cosas, se hará una breve demostración del cumplimiento de este presupuesto en el asunto *sub examine*, a saber:

En primera medida, se trae a colación la sentencia SU – 391 de 2016, de la Corte Constitucional, que señaló unos criterios orientadores que el Juez de Tutela debe examinar, de cara al caso objeto de estudio, con miras a determinar si se cumple con el requisito de procedibilidad de la acción atinente a la inmediatez. Los criterios aludidos en la jurisprudencia constitucional en vigor son:

- (i) **“La situación personal del peticionario: debe analizarse la situación personal del peticionario**, pues en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en “estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física”.

Valga resaltar que, en esta oportunidad, la infracción de los derechos fundamentales de la Entidad que represento es **permanente, continúa y actual, dado que se trata del pago de una prestación económica de tracto sucesivo**, lo que se encuentra probado en el expediente a través de los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional, que ordenaron la inclusión de la prestación en la nómina de pensionados de Colpensiones, máxime que este hecho no hizo parte de la fijación del litigio, por no haber sido objeto de controversia por ninguna de las partes dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Por tanto, queda de manifiesto que la prestación económica reconocida al señor Agustín Sierra Garza, está incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones y es de tracto sucesivo, ergo se deduce, razonablemente, que la afectación económica de Colpensiones es permanente, continúa y actual.

- (ii) **“La naturaleza de la vulneración**: existen casos donde se presenta un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela y la vulneración de los derechos de los interesados. De acuerdo con este criterio, el juez debe analizar si la demora en la presentación de la tutela guarda relación con la situación de vulneración de derechos fundamentales que alega el peticionario.
- (iii) **La actuación contra la que se dirige la tutela**: la jurisprudencia constitucional ha señalado que el análisis de la inmediatez puede variar dependiendo de la actuación que se identifica como vulneratoria de los derechos invocados en la tutela.
- (iv) **Los efectos de la tutela**: la Corte ha considerado que, aún si se encuentra un motivo que justifique la demora en la interposición de la tutela, el juez debe tener en cuenta los efectos que esta tendría en los derechos de terceros si se declarara procedente,

pues tales terceros tienen una expectativa legítima a que se proteja su seguridad jurídica.

Siguiendo los lineamientos antes citados y descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que, si bien las sentencias enjuiciadas fueron proferidas el 16 de agosto de 2013 y el 13 de febrero de 2014, Colpensiones, para dicha fecha, se encontraba en una situación que configura fuerza mayor, dados los problemas operativos causados con su entrada en funcionamiento y la declaratoria de estado de cosas inconstitucionales que afrontó con la transición del ISS.

Así pues, dado el desorden administrativo que causó la transición del ISS a Colpensiones y la reducida capacidad institucional y operativa, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es factible flexibilizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela⁷.

En concordancia con lo expuesto, en sentencia SU – 427 de 2016 la Corte Constitucional dejó sentado que las acciones de tutela son procedentes, pese a no haberse agotado todos los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos, dadas las circunstancias especiales propias de un estado de cosas inconstitucional, pues esto constituye un eximente de responsabilidad frente al requisito de subsidiariedad y de inmediatez que habilita la acción de amparo. Al respecto, se trae a colación un aparte jurisprudencial de la sentencia aludida, **que reactivó los términos legales**, a saber:

*“El estado de cosas inconstitucional decretado desde el año 1998 en relación con la administración del régimen de seguridad social de los servidores públicos a cargo de Cajanal y el desorden administrativo existente en la entidad para la época en que se proferieron los fallos cuestionados, le permite a la Corte verificar la existencia de una serie de **circunstancias especialísimas que privaron a la institución de la posibilidad de agotar o utilizar todos mecanismos de defensa establecidos en el sistema normativo** para salvaguardar los recursos del sistema y con ello garantizar las prerrogativas prestacionales de sus afiliados”.*

Ahora bien, si en gracia de discusión el estado de cosas inconstitucional finalizó, es necesario que el Juez de tutela analice el caso a la luz de los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia SU – 391 de 2016, con miras a determinar si se cumple con el requisito de inmediatez. Así, haciendo el estudio de rigor en el caso *sub examine*, se advierte claramente que la sentencia proferida el 13 de febrero de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, objeto de la presente acción, ordenó la reliquidación de una pensión de vejez, prestación económica de tracto sucesivo que se encuentra actualmente activa en la nómina de pensionados de esta Entidad, lo que *per se* decanta en una afectación continua, permanente y actual, cumpliéndose con uno de los criterios señalados por la jurisprudencia antes citada, que hace claro el cumplimiento del requisito de inmediatez en el presente caso, en el entendido que **“el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la**

⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU 631 de 2017

fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó”.

En esa misma línea, la Corte Constitucional en Sentencia T – 060 de 2016, estableció respecto del requisito de inmediatez lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que la causa de la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia se origina en una sentencia judicial, la Sala Tercera de Revisión considera que, para el caso en concreto, el término oportuno y razonable para iniciar la demanda se determina con fundamento en los siguientes criterios decantados por la jurisprudencia:

- (i) Determinación de si existe un motivo válido para la inactividad del accionante;*
- (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;*
- (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;*
- (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma, en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición. En el evento en el que el lapso sea extremadamente largo, se deberá verificar si:*

(i) Se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.

(ii) Que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

Bajo esta égida, la vulneración de los derechos fundamentales de Colpensiones es permanente y actual, por tratarse de un pago de prestaciones periódicas, que, además, genera un continuado perjuicio al tesoro público, que incluso puede dar lugar a una situación de abuso del derecho, lo que, a no dudarlo, justifica razonablemente tener por satisfecho el requisito de inmediatez en este caso.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, efectuado en la sentencia T – 619 de 19 de diciembre de 2019, Magistrado Ponente Dr. Antonio Lizarazo Ocampo, indicó sobre el presupuesto de la inmediatez lo siguiente:

“Así las cosas, la Corte ha flexibilizado el criterio de inmediatez cuando se estudian i) cuestiones en las que se alega fraude a la ley y mala fe en detrimento del erario, ii) la afectación alegada, a pesar del paso del tiempo, se mantiene.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sala encuentra acreditado el requisito de inmediatez toda vez que, si bien entre la providencia atacada y la presentación de la acción de tutela transcurrió un año y cinco meses, **lo cierto es que, por los intereses en riesgo, surgidos en una actuación consolidada bajo un supuesto de abuso del derecho, hacen que se deba dar prevalencia al interés general y, en consecuencia, se opte por la flexibilización de la inmediatez.** Además, la afectación de los derechos de Colpensiones se mantiene a pesar del paso del tiempo, pues le corresponde efectuar el pago de la mesada pensional ordenada en las providencias judiciales atacadas, de manera periódica”.

Igualmente, en la sentencia T – 334 de 2021, Magistrado Ponente Dr. Antonio Lizarazo Ocampo, la Corte Constitucional se pronunció en términos parecidos respecto al cumplimiento del requisito de inmediatez cuando se avizora a existencia de un abuso del derecho, relacionado, además, con el estado de cosas inconstitucionales atravesado por Colpensiones, en el momento de liquidación del ISS:

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

Por último, sin perjuicio de las razones que se precisan en el apartado siguiente, cabe señalar que la sucesión de los intereses procesales del ISS por parte de Colpensiones tuvo lugar a partir del 28 de septiembre de 2012, y que entre los años 2013 y 2015 esta última estuvo en un estado de cosas inconstitucional, declarado por esta Corporación, al encontrar un sinnúmero de fallas estructurales de carácter operativo y administrativo, que le impedían resolver las peticiones dentro del término de ley y atender las acciones judiciales correspondientes, proceso que aún es objeto de seguimiento.

En ese orden, en el presente asunto se cumple el presupuesto de la inmediatez pues no solo se debate un asunto con abuso del derecho en detrimento del erario público, sino que a su vez se trata de una prestación periódica de tracto sucesivo, que implica una afectación continua y permanente.

Valga reiterar que la infracción de los derechos fundamentales de la Entidad que represento **es permanente, continúa y actual, dado que se trata del pago de una prestación económica de tracto sucesivo**, liquidada en acatamiento al fallo contencioso proferido por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, dentro del proceso bajo radicado No. 11001333302120120037100, en el que se ordenó la reliquidación de la prestación con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir, se ordenó la liquidación del ingreso base de liquidación conforme a lo dispuesto en la norma aplicada de manera ultractiva (Ley 33 de 1985), en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desconociendo flagrantemente el precedente judicial que a la postre hay sobre la materia, que fijó una regla jurisprudencial de obligatorio acatamiento, la cual es que el IBL no es parte integrante del régimen de transición, razón por la cual deberá calcularse con fundamento en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Abonado a lo anterior, en el presente asunto se verificó una situación de abuso del derecho, la cual surge de modo palmario cuando se presenta un incremento excesivo en el valor de la mesada pensional, que se encuentra calculado en **305%, derivado de la sentencia atacada.**

Por tanto, a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional **T – 619 de 2019 y T – 334 de 2021** en los casos donde se verifique abuso del derecho en materia pensional, procede la acción de amparo, dados los intereses en riesgo, toda vez que se da prevalencia al interés general y, en consecuencia, **se opta por la flexibilización del requisito de inmediatez.**

Con fundamento en todo lo anterior, es menester concluir que la vulneración permanente de los derechos fundamentales de Colpensiones, por tratarse de un pago de prestaciones periódicas, que además genera un continuado perjuicio al tesoro público, justifica razonablemente tener por satisfecho el requisito de inmediatez en este caso.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora

Teniendo en cuenta que en el caso en particular no se invoca la configuración de un defecto procedimental, este requisito no sería exigible.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

La presente demanda contiene de forma clara, detallada y comprensible los hechos constitutivos de la alegada violación de derechos fundamentales al debido proceso y la administración de justicia.

f. Que no se trate de sentencias de tutela

Es evidente que la presente acción no se interpuso contra un fallo de tutela, sino contra dos sentencias proferidas en primera y segunda instancia, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. ADECUACIÓN DE LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA ESTABLECER LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN

La Corte Constitucional ha establecido que para que prospere la solicitud de amparo constitucional contra una providencia judicial, esta debe adolecer de uno de los vicios o defectos materiales que corresponde a una de las distintas modalidades tipificadas por la jurisprudencia constitucional tales como el defecto sustantivo, el defecto orgánico, el defecto procedimental, el defecto fáctico, el error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente o la violación directa de la Constitución. Para el caso concreto, teniendo en cuenta el contenido y las implicaciones de la providencia impugnada, se presentan como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

- Defecto sustantivo
- Violación directa de la Constitución Nacional (Debido Proceso, Acceso a la Administración de Justicia e Igualdad ante la ley)

2.1 Defecto material o sustantivo.

El defecto sustantivo surge cuando la autoridad judicial desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso concreto, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos *erga omnes*.

Teniendo en consideración lo anterior, la jurisprudencia constitucional, ha señalado que una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando:

- la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional.*
- a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance.*
- cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.*
- cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada;*
- en el evento en que, no obstante que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a*

ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador8. (Subraya y negrita fuera de texto original)

2.1.1. A pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El defecto sustantivo en la modalidad de **desconocimiento a las decisiones judiciales vinculantes**, se presenta cuando el juez se aparta de los precedentes que determinan el contenido y alcance de la norma aplicable, al interpretar la norma de una forma diferente a la definida por las autoridades judiciales que fijan los parámetros para la interpretación y aplicación de dicha ley, o al variar la manera en la que el mismo juzgador venía decidiendo problemas jurídicos similares, por tanto, surge un error en la aplicación uniforme de la norma.

En ese orden y revisando el caso en estudio, se observa que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C – 168 de 1995, abordó el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 manifestando:

*“**SEGUNDO.** Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE...”*

Así mismo, en la sentencia T – 109 de 2019 se señaló:

*“(i) **Defecto sustantivo**, cuando se trata de decisiones posteriores a la **Sentencia C-168 de 1995**, que otorgan un alcance indebido al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de modo que: (a) se oponen a los parámetros normativos fijados por la Corte Constitucional con efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad; y (b) omiten la aplicación de la citada norma legal y acuden ultractivamente a las disposiciones anteriores para determinar el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición.”*

Así las cosas, el despacho al fundamentar su decisión en la inescindibilidad de la norma, desconoció abruptamente la sentencia C – 168 de 1995.

2.1.2. Cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

a) Régimen de transición (Marco Normativo)

8 Sentencia SU-159 de 2002

Dada la expedición de la Ley 100 de 1993, que creó un sistema integral de seguridad social, y con ello, el Sistema General de Pensiones unificado, en el que se establecieron cambios en los requisitos de edad y tiempo para acceder al derecho pensional por el riesgo de vejez, el Legislador, consagró un régimen de transición, con la finalidad de proteger las expectativas legítimas de las personas que se encontraban próximas a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, lo cual se justificó en aplicación del principio de favorabilidad, de tal suerte, que quienes habían cotizado mínimo 15 años de servicios, o a quienes tuvieran 35 años de edad o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pudiesen disfrutar este beneficio que consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, en lo concerniente a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.

Observemos la norma:

“ARTICULO. 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 más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.***

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

Como puede verse, el artículo 36 *Ibídem*, estableció un régimen de transición y, con ello, permitió a quienes cumplieran con los requerimientos en él establecidos, adquirir su derecho pensional de acuerdo con los requisitos (edad, tiempo de servicios/semanas cotizadas y monto) contemplados en el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados. Sin embargo, dicha norma no remite a la norma anterior para la aplicación del IBL, por el contrario, sí indica claramente que las demás condiciones y requisitos aplicables en materia pensional serán los contenidos en la Ley 100 de 1993, misma que definió en sus artículos 21 y 36 lo relacionado al cálculo de la base salarial y los factores salariales a tener en cuenta, los cuales se encuentran enlistados de manera taxativa en su Decreto Reglamentario 1158 de 1994.

Cualquier elemento distinto a los anteriores no es parte integrante del régimen de transición y debe definirse con la normatividad actual, es decir, la Ley 100 de 1993.

b) Aplicación del Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993

El régimen de transición permite que los requisitos de edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, **el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma**, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que, al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de 35 años mujer o 40 años hombre, o en su defecto, haber acreditado 15 años de servicios.

Sin embargo, el ingreso base liquidación a que se refiere el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993, como regla general, se regulará por **el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 *ibídem***, interpretación acogida por la Corte Constitucional¹⁴, Corte Suprema de Justicia¹⁵ y más recientemente Consejo de Estado⁹.

De manera pues que, de conformidad con la mencionada legislación, respecto de los beneficiarios de la transición pensional, el IBL se contabiliza dependiendo del tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión al momento de entrar en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones (1° de abril de 1994), de la siguiente manera:

- 1) Para quienes les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁰ y,
- 2) Para quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, el IBL será el consagrado en el artículo 21 de la ley *ibídem*; que se refiere «*al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión*»¹¹.

9 Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 52001233300020120014301 [1] (Sentencia 43336 de 2011 Corte Suprema de Justicia / F_CSJ_SCL_43336(15_02_11)_2011 (...) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

[1] (Sentencia 43336 de 2011 Corte Suprema de Justicia / F_CSJ_SCL_43336(15_02_11)_2011 (...) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

11 Ley 100 de 1993- Artículo 21 Ingreso Base liquidación. **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Siguiendo ese derrotero, la Corte Constitucional en la sentencia núm. C – 258 del 07 de mayo de 2013, entre otras, determinó que el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **solo comprende los conceptos de edad, monto (tasa de reemplazo) y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación IBL**, por lo que, son las reglas del régimen del Sistema General de Pensiones las que deben aplicarse para determinar la cuantía de la pensión, independientemente del régimen especial al que se pertenezca, en virtud de la transición; dicha sentencia C – 258 de 2013 está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1, inciso séptimo, aparte inicial del Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció que: *‘Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones...’*, acto reformativo que tuvo como fin garantizar el cumplimiento de los principios que rigen dicho sistema, como son los de universalidad, eficiencia, cobertura y solidaridad, como también, el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

Descendiendo al caso que nos ocupa, el señor Agustín Sierra Garza nació el 30 de marzo de 1951 y, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad (43 años exactamente), razón por la cual era indudable que era beneficiario del régimen de transición, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el señor Agustín Sierra Garza acreditó una densidad de semanas suficientes para acceder a la pensión de jubilación contenida en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, por tanto, le era aplicable esta normativa de forma ultractiva solo en lo relacionado a la edad, el tiempo y la tasa de reemplazo allí establecidos, como en efecto fue reconocido por el Instituto de Seguros Sociales.

No obstante, los Despachos accionados, mediante sentencias proferidas el 16 de agosto de 2013 y el 13 de febrero de 2014, ordenaron la reliquidación pensional del señor Agustín Sierra Garza teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación del régimen especial, liquidación con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, producto de una interpretación inadecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, soslayando y contraviniendo el precedente jurisprudencial que al respecto había establecido la Corte Constitucional, órgano encargado de la guarda de la Constitución y las leyes, quien había fijado para dicha época el alcance y hermenéutica de la norma en varias sentencias con efectos *erga omnes*.

Es así, como los Despachos judiciales accionados incurren, en las sentencias aludidas, en un error sustantivo, pues su orden de reliquidación estuvo fundamentada en un alcance e interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indebido y contrario a los parámetros fijados por la Corte Constitucional, en sentencias con efectos *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional en las que se definió de forma clara y diáfana el sentido normativo de dicho artículo y del régimen de transición pensional, por lo que la decisión judicial atacada incurrió en

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

un yerro en la aplicación normativa que derivó en un abuso del derecho, ya que se dispuso un aumento en el monto pensional sin justificación objetiva jurídica admisible.

2.1.3. En el evento en que, no obstante que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. (Subraya y negrita fuera de texto original)¹²

El defecto sustantivo se ha caracterizado por la existencia de un yerro en la providencia judicial, originado en el proceso de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas sometidas al conocimiento del juez; si bien es cierto, a las autoridades judiciales se les reconoce autonomía e independencia, esta facultad no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el orden jurídico establecido y por los principios, garantías y derechos emanados de la Carta Política.

En el caso bajo estudio, resulta claramente perceptible la configuración del defecto sustantivo en esta modalidad, como quiera que en la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, se aplicó de manera inadecuada el contenido normativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto a la liquidación de la prestación cuestionada, contrariando los parámetros fijados por la Corte Constitucional, en sentencias con efectos *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional, y otorgando al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador**, en el entendido que éste previó un régimen de transición que, con miras a proteger expectativas legítimas de algunas personas, permitió la aplicación ultractiva de normas anteriores a su vigencia, exclusivamente para la adquisición del derecho a la pensión en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto (tasa de reemplazo).

2.2 Precedente Constitucional obligatorio

Para empezar, en sentencia C – 539 de 2011, la Corte Constitucional concluyó que su precedente judicial es vinculante y prevalente respecto de las reglas jurisprudenciales establecidas por otros órganos de cierre, por cuanto, al ser la guardiana de la Carta política, define el sentido y alcance interpretativo de todo el ordenamiento jurídico el cual, a su vez, está sometido a la Constitución Nacional, en tanto su fuerza vinculante deviene de la misma Carta como norma de normas. Adicionalmente, indicó que el desconocimiento que se hiciera del precedente judicial de orden constitucional afecta derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, que pueden ser restablecidos por vía de tutela. Al respecto, específicamente manifestó:

“La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad

¹² Sentencia SU-159 de 2002.

de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces”.

Así las cosas, lo cierto es que la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos que constituyen precedente, había establecido una línea interpretativa constitucional y legal válida respecto del artículo 36 *ibídem*, en lo que atañe a los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida beneficiarios del régimen de transición, precisando que, mientras lo relativo a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, se encuentran regulados por el régimen pensional anterior, la forma de liquidar dicha prestación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que no le asistía derecho a la reliquidación reclamada y al pago ordenado por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D.

Es necesario advertir, que recientemente la Corte Constitucional, en sentencia T – 109 de 2019, hizo importantes precisiones en torno al carácter prevalente del precedente de este órgano rector para señalar que **“la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene un carácter prevalente respecto de las interpretaciones que realizan los demás órganos de unificación de jurisprudencia, sin que puedan proponerse razonamientos como aquellos que fueron expuestos por los jueces de segunda instancia. Ello, por cuanto al tenor del artículo 4° Superior, en caso de incompatibilidad con disposiciones inferiores, se preferirá la aplicación de las normas constitucionales. De este modo, en virtud del principio de supremacía constitucional, los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales, cuyo contenido abarca, no sólo la literalidad de las normas, sino la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional”.**

Concluye además el alto Tribunal que **“todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional”.**

De la misma forma, en sentencia T – 078 de 2019, el alto Tribunal manifestó que:

“respecto de la relevancia particular de las sentencias de unificación es que una de las razones que fundamentan la obligatoriedad de las providencias proferidas por la Corte Constitucional que unifican la jurisprudencia es que garantizan el principio de igualdad¹³. Esta razón conduce a que “la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, aun cuando sean altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones”¹⁴. A su vez, “en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) [...], basta una

13 Sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

14 Sentencia T-566 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz reiterada en la sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras posteriores

sentencia para que exista un precedente, debido a que [...] unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos¹⁵. (Subraya y negrita fuera de texto original).

Dicho lo anterior, es preciso indicar que las altas Cortes han sido diáfanos en señalar, que el régimen de transición señaló desde su nacimiento, es decir, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, los aspectos que deben ser sometidos a transición, y aunque la discusión no fue pacífica entre los 3 órganos de cierre, lo cierto es que a partir del 28 de septiembre de 2018¹⁶, no hay discusión en que el régimen de transición solo protegió los aspectos de las leyes anteriores respecto de la edad, el monto y el tiempo o las semanas cotizadas.

La figura del precedente constitucional ha sido definida por la misma Corte Constitucional como “(...) *aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia*”¹⁷, lo que implica que a efectos de garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, el operador judicial se encuentra obligado a tener en cuenta dentro de sus decisiones los criterios fijados por el órgano unificador constitucional, respecto a la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, en problemas jurídicos semejantes, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho, situación relevante para la unidad y la armonía del ordenamiento jurídico como un conjunto estrechamente relacionado a la Constitución.

Cabe anotar que el Decreto 2067 de 1991 estableció, en sus artículos 21 y 23, en relación con el ejercicio del control de constitucionalidad, lo siguiente:

“Artículo 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia”.

En síntesis, las sentencias de control abstracto de constitucionalidad tienen fuerza vinculante para las autoridades administrativas y judiciales, tanto en su parte motiva como en su parte resolutive, lo que resulta inmutable, de obligatorio cumplimiento y con efectos definitivos, de tal forma que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, en la medida en que “*el juez al dictar la sentencia no solamente tiene que observar las formas procesales consagradas en la ley, sino cumplir la Constitución; y*

15 Sentencia T-830 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

16 Sentencia de unificación radicado núm. 52001233300020120014301 del 28 de agosto de 2018, M.P. Cesar Palomino Cortes.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

si es la misma Constitución la que expresamente manda respetar la cosa juzgada constitucional, una sentencia que sea contraria a ésta, rompe la armonía del orden jurídico”¹⁸.

Ahora bien, en lo que respecta al desconocimiento del precedente judicial, este se presenta cuando el Alto Tribunal Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Constitución Política, **y el juzgador al resolver determinado caso limita sustancialmente dicho alcance o se aparta de la interpretación fijada por esta Corporación.** En el caso presente, tratándose de las providencias impugnadas, el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, emitieron decisiones abiertamente contrarias a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en las sentencias C – 168 de 1995, la cual abordó el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, C – 596 de 1997 y C – 258 de 2013, en lo concerniente a la determinación del IBL para los beneficiarios del régimen de transición, lo que en principio constituye un evidente desconocimiento al precedente constitucional y, por tanto, da lugar a que la presente acción proceda como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos que constituyen precedente ha establecido la línea interpretativa constitucional y legal válida respecto del artículo 36 *ibídem*, en lo que atañe a los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida beneficiarios del régimen de transición, precisando que mientras lo relativo a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, se encuentran regulados por el régimen pensional anterior, la forma de liquidar dicha prestación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la misma Corporación en la sentencia T – 109 de 2019 indicó lo siguiente:

*“(ii) **Desconocimiento del precedente, cuando las providencias judiciales cuestionadas son posteriores a la Sentencia C-258 de 2013 y se apartan de las reglas jurisprudenciales determinadas en ese fallo y en las Sentencias SU-230 de 2015¹⁹, SU-427 de 2016²⁰, SU-395 de 2017²¹, SU-631 de 2017²², SU-068 de 2018²³, SU-114 de 2018²⁴, entre otras**”*

Así las cosas, y a pesar de que no todas las siguientes sentencias se habían proferido para la fecha de los fallos atacados, los cierto es que tres de las sentencias de Constitucionalidad que determinaron el alcance y hermenéutica normativa del IBL y sentaron la posición jurisprudencial de constitucionalidad, ya habían sido proferidas y eran de obligatorio acatamiento.

18 Auto 326 de 2014- Corte Constitucional

19 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

20 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

21 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

22 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

23 M.P. Alberto Rojas Ríos.

24 M.P. Alberto Rojas Ríos.

A continuación, se indicará la línea jurisprudencial sobre la materia con miras a que se advierta la razonabilidad jurídica de la presente acción de tutela, así:

- **Sentencia C – 168 de 1995 – Elementos régimen de transición – IBL no hace parte del régimen de transición.**

En primer lugar, la Corte Constitucional abordó el alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y dispuso:

“Dado que en la Ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

En el inciso tercero se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas antes citadas, disponiendo que para quienes les faltare "menos" de diez (10) años de servicio para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Y, si el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada de vigencia de la ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”

La Corte sostuvo que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

- **Sentencia C – 596 de 1997**

Por otra parte, en una nueva demanda contra el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993, también señaló

*“(e)l régimen de transición es un beneficio que la ley expresamente reconoce a los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 o más, si se trataba de hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando, en ambos supuestos, estuviera vigente la relación laboral. **Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que***

se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada. Por lo tanto, estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley. **Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100.**” (Negrita fuera de texto original)

- **Sentencia C – 258 de 2013 – Elementos transición – factores salariales cotizados y topes mesada pensión 25 SMLMV**

En esta ocasión la Corte Constitucional fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto para ciertos servidores públicos en la Ley 4 de 1992, en relación con la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100 de 1993, dejando sentado sobre el punto lo siguiente:

En vista de 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 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.

*En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, además de declarar inexecutable la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la executable del resto del precepto será condicionadas a que se entienda que **las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.*** (Negrita y subraya fuera de texto original)

En la parte motiva de la misma sentencia, el Alto Tribunal indicó, específicamente, que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición y, en este sentido, sostuvo:

*“(…) el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. **El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.** Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del*

artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.”

Con este pronunciamiento, la Corte Constitucional estableció una línea hermenéutica y decisoria relacionada con los aspectos que, específicamente, comprenden el régimen de transición, que son de aplicación ultractiva de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, la edad, tiempo de servicios o cotizaciones y monto. Situación distinta se presenta respecto a la liquidación del IBL, pues, en aras de garantizar la protección de los principios de solidaridad e igualdad y la finalidad del Estado Social de Derecho, esta liquidación debe regirse por las reglas contenidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, evitando de este modo la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados y, por tanto, la elevación injustificada de la cuantía de las pensiones, **ventaja que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley mencionada.**

La interpretación contenida en esta sentencia de constitucionalidad es el fundamento directo de la parte resolutoria de la misma lo cual genera una regla de obligatorio cumplimiento, pues, como se trata de un pronunciamiento con efectos *erga omnes*, resulta vinculante para todos los jueces, incluidos desde luego los de la jurisdicción contencioso administrativo.

- **Sentencia T – 078 de 2014 – IBL no hace parte del régimen de transición**

En esta sentencia, la Corte Constitucional señaló:

“La Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales [que permite verificar y rectificar] la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos, pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso baso de liquidación – IBL”

- **Auto 326 de 2014 – IBL no hace parte del régimen de transición**

Mediante Auto 326 de 2014 la Corte Constitucional negó una solicitud de nulidad interpuesta contra la sentencia anteriormente señalada y, además, precisó que la decisión fijada en la sentencia C – 258 de 2013 constituye precedente que debe ser acatado por todas las autoridades. Al respecto puntualmente manifestó:

*“3.2.2.4. Lo anterior deja en evidencia que dentro de la ratio decidendi de la Sentencia C-258 de 2013, este tribunal interpretó las normas que regulan la aplicación del régimen de transición, **señalando que el modo de promediar la base de liquidación no podía ser la estipulada en la legislación anterior, puesto que la transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización** y, en efecto excluye el promedio de liquidación, en tanto, el mismo artículo 36, inciso tercero, determinó las reglas para ese fin, y en su defecto las del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.*

De igual manera, la Corte en el auto citado señaló de manera específica que el análisis realizado en la sentencia C – 258 de 2013, constituía **“precedente interpretativo de**

acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”, además de indicar que **“el IBL no era un aspecto sometido a la transición”**.

Por esta razón, en el referido auto, la Corte negó la solicitud de nulidad de la Sentencia T – 078 de 2014, que confirmó las decisiones de los jueces laborales, dirigidas a negar la reliquidación de la pensión de vejez con base en la legislación que rige a los trabajadores de la extinta Telecom, pues el IBL no era un aspecto sometido a la transición.

De igual manera y con el fin de zanjar cualquier duda la Corte señaló: *“es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio”*.

- **Sentencia SU – 230 de 2015 – IBL no hace parte del régimen de transición**

En esta Sentencia de unificación la Corporación reiteró el precedente jurisprudencial fijado en la sentencia C – 258 de 2013, especialmente, en lo relacionado con la norma aplicable para establecer el ingreso base de liquidación de la prestación económica a reconocer y a la letra dijo:

*“Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, **ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición** y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca”*. (Negrillas fuera de texto)

De esta forma la Corte constitucional, como órgano de cierre e interprete natural de la Constitución Política, reafirmó su postura definida en una sentencia de control abstracto de constitucionalidad estableciendo con ello una línea jurisprudencial sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precedente interpretativo de obligatorio cumplimiento en razón a sus efectos *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional.

Sobre el particular dicha Corporación agregó:

*“En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, **los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.***

(...)

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

Con esto se concluye, que la exégesis fijada por la Corte Constitucional en las Sentencias C – 238 de 2013 y SU – 230 de 2015 va orientada a que las pensiones, independientemente del régimen especial que se aplique en virtud de la transición, se deben liquidar de conformidad con los parámetros establecidos en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

Además, resaltó:

*“Así pues, **la sentencia C-258 de 2013**²⁵, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, **estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.** En esa medida, Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía 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, además, (v) es 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.” (Subraya y negrita fuera de texto original)*

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia de unificación 230 de 2015, manifestó que la Sala Plena:

“reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de

²⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”²⁶.

- **Sentencia SU – 427 de 2016 – IBL no hace parte del régimen de transición y abuso palmario del derecho por vinculación precaria**

En esta oportunidad, la Corte Constitucional, invocando su propio precedente constitucional, ratificó las reglas interpretativas establecidas en la Sentencia C – 258 de 2013, en relación con la manera de liquidar una pensión de vejez o Jubilación a los beneficiarios del régimen de transición, puntualizando que el beneficio otorgado por el Legislador consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo, sin que el ingreso base de liquidación (IBL) estuviese sometido a la transición. Sumando a ello, planteó una tesis argumentativa frente al abuso del derecho en el reconocimiento desproporcionado de una mesada pensional, en los siguientes términos:

*Ahora bien, el **reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho** de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.*

En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.(negrilla y subraya fuera de texto original)

En este sentido, el aplicar de manera adecuada la norma, esto es, de conformidad con la interpretación ya instituida respecto a la exclusión del IBL, como aspecto del régimen de transición, evita el reconocimiento de pensiones con abuso de derecho y, con ello, que se genere un perjuicio irremediable a las finanzas del Estado.

Así mismo, la SU – 427 de 2016, señala que se “**permite atender al principio general del derecho según el cual de la ilegalidad no se generan derechos y permite la aplicación del mecanismo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual autoriza afectar la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas para impedir que se mantengan situaciones irregulares en desmedro del erario público**”, como debe ser en el presente caso.

²⁶ Sentencia SU-230 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. A su vez, este fallo mencionó la Sentencia T-078 de 2014 en la que se expuso que “la Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos, pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo y no el ingreso base de liquidación –IBL”.

- **Sentencia SU – 395 de 2017 – IBL no hace parte del régimen de transición**

La Corte Constitucional, en dicho proveído, estudió determinados casos que obviaron el precedente fijado desde la C – 258 de 2013 y, consecuentemente, dejó sin efectos unas sentencias proferidas por el Consejo de Estado, al incurrir en un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el Legislador, acompañado, además, de una violación directa de la Constitución.

En relación con el cálculo del ingreso base de liquidación, esta sentencia indicó:

“En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.”

Por otra parte, esta sentencia, en una de sus consideraciones, citó el Auto 326 de 2014, y refutó categóricamente las erradas abstracciones a las que algunos jueces habían llegado, al concluir que la Sentencia C – 258 de 2013, se centró en una población en particular, y que, por tanto, no se aplicaba a quienes tuvieran una calidad laboral distinta, y de ese modo se apartaban de tan importante precedente judicial. Al respecto se dijo:

“(…) Precisamente, en el Auto 326 de 2014, la Sala Plena reafirmó el alcance de la Sentencia C-258 de 2013, al señalar que la regla de interpretación frente al ingreso base de liquidación -IBL- no solo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta un “precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”.

Finalmente, esta sentencia unificadora de la jurisprudencia tuvo en cuenta situaciones de abuso del derecho por interpretación de la Ley contraria a la constitución, lo que condujo al reconocimiento desproporcionado de pensiones que le imponían al Sistema Pensional y, por tanto, al Estado la obligación de proveer un subsidio demasiado alto para el pago de las mismas.

- **Sentencia SU – 023 de 2018 – IBL no hace parte del régimen de transición**

Ante todo, en esta sentencia de unificación la Corte Constitucional, una vez más, reiteró la postura establecida en la sentencia C – 258 de 2013, respecto a que el régimen de transición únicamente ampara las reglas relacionadas con la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo, por tanto, el cálculo del IBL se encuentra excluido de transición, de ahí que debe regirse por las normas del nuevo sistema general de pensiones.

En el mismo sentido, la Alta Corporación constitucional realizó un análisis de las tesis acogidas por la Corte Suprema de Justicia, Consejo de estado y Corte Constitucional, en razón a la

interpretación de la aplicación del IBL en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que, en síntesis, concluyó:

Alta Corte	Edad (norma)	Tiempo o semanas de cotización (norma)	Monto corresponde a:	IBL (norma)
Consejo de Estado (numeral 5.1.2.1 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	La liquidación aritmética del derecho	Rég. de transición.
Corte Suprema (numeral 5.1.2.2 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	Al porcentaje	Ley 100 de 1993
Corte Constitucional (numeral 5.1.2.3 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	A la tasa de reemplazo	Ley 100 de 1993

*Dos conclusiones se derivan del estudio contenido en los numerales anteriores: primero, que, en la actualidad, **la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen una interpretación similar del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, segundo, que el Consejo de Estado difiere de la interpretación de las otras Altas Cortes**, básicamente, porque considera: (i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudirse a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de “monto”, desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma “fraccionada” el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el “monto” con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica.”*

Teniendo en cuenta que la postura del Consejo de Estado, hasta ese momento, no era compatible con la jurisprudencia constitucional de unificación de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en esta providencia se incluyó una fuerte crítica a la tesis acogida por el órgano de cierre de la Jurisdicción contenciosa, desvirtuando todos los supuestos contrarios a la línea interpretativa fijada, en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, en la Sentencia C – 258 de 2013, y desarrollada en diferentes sentencias de unificación, señalando al respecto lo siguiente:

“(iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales.

(iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de “inescindibilidad” o “conglobamento”, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben “aplicarse de manera íntegra en

su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”¹⁰², también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

- **Sentencia SU – 068 de 2018 – IBL no hace parte del régimen de transición y factores salariales solo se debe incluir los cotizados.**

En dicha sentencia la Corte Constitucional reiteró la importancia y obligación de seguir el precedente ya fijado respecto al IBL, señalando al respecto lo siguiente:

*“la Corte llama la atención sobre la obligación que tienen los jueces y corporaciones de seguir los pronunciamientos emitidos por parte de los altos tribunales de justicia, deber que se maximiza cuando estamos en presencia de las decisiones de la Corte Constitucional, ya sea de las providencias proferidas en el trámite de constitucionalidad o de amparo tutelar de derechos. La obligatoriedad del precedente pretende garantizar los principios de igualdad, de justicia formal, de buena fe y de seguridad jurídica, así como realizar la coherencia y consistencia del sistema jurídico. En ese contexto, **reprocha que el Consejo de Estado hubiese desconocido el balance judicial vigente en torno a la exclusión del ingreso base de liquidación del régimen de transición, como se había advertido en las Sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.**”*

A partir de lo esbozado, resulta absolutamente claro cuál es el precedente jurisprudencial en vigor de la Corte Constitucional sobre la materia.

La síntesis de todo lo anterior se concreta en que, como se estableció en la línea jurisprudencial acogida en la Sentencia C – 258 de 2013, pasando por la SU – 230 de 2015, la SU – 427 de 2016, SU – 210 de 2017, SU – 395 de 2017 y la SU – 068 de 2018, para la liquidación de las pensiones beneficiadas con la transición, se debe tomar el IBL previsto en la Ley 100 de 1993, sin que ello, constituya un fraccionamiento de un régimen sino, por el contrario, la aplicación del mismo según los postulados legislativos que gobiernan el tema.

- **Sentencia de Unificación del 28 de septiembre de 2018 – Consejo de Estado**

En este punto debo indicar que, si bien la línea interpretativa del Consejo de Estado se alejaba de la postura de la Corte Constitucional invocando, entre otros principios, el de la inescindibilidad de la norma, recientemente en sentencia de Unificación radicado núm. 52001233300020120014301 M.P. Cesar Palomino Cortes, dicha Corporación manifestó:

“(…) Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para

que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables”.

De dicha sentencia de unificación se extrae, claramente, que allí se adopta la misma postura de la Corte Constitucional, en cuanto a que el IBL a tener en cuenta en el régimen de transición es el señalado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que, respecto del régimen anterior aplicable a cada caso en concreto, solo se tendrá en cuenta la edad, semanas y tasa de reemplazo.

De igual manera, es importante resaltar que el Consejo de Estado en la mencionada sentencia dispuso:

“Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

- **Sentencia T – 109 de 2019 - IBL en régimen de transición**

Por último y a pesar de no tratarse de una sentencia de unificación, es necesario advertir que, recientemente, y tal como se había manifestado en el presente escrito, dicha sentencia hace importantes precisiones en torno al carácter prevalente del precedente de la Corte Constitucional para señalar que **“la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene un carácter prevalente respecto de las interpretaciones que realizan los demás órganos de unificación de jurisprudencia, sin que puedan proponerse razonamientos como aquellos que fueron expuestos por los jueces de segunda instancia. Ello, por cuanto al tenor del artículo 4° Superior, en caso de incompatibilidad con disposiciones inferiores, se preferirá la aplicación de las normas constitucionales. De este modo, en virtud del principio de supremacía constitucional, los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales, cuyo contenido abarca, no sólo la literalidad de las normas, sino la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional”**

Por ello, cuando el operador judicial desconoce los pronunciamientos de la Corte Constitucional, frente al régimen de transición y el IBL, la misma Corporación considera que **“el desconocimiento del precedente constitucional se configura, sin lugar a dudas, con posterioridad a la Sentencia C-258 de 2013 cuando los jueces se apartan de la interpretación que ha hecho esta Corporación respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”**.

Concluye además el alto Tribunal que **“todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional”** (negrita y subraya fuera de texto).

- **Sentencia T – 619 de 2019**

Este pronunciamiento precisamente refiere a una acción de tutela presentada por Colpensiones contra del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta y el Tribunal Administrativo de Magdalena; en esa oportunidad la Corte Constitucional resolvió dejar sin efectos las decisiones judiciales dictadas en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que ordenaron la reliquidación de una pensión sobre el 75% de la asignación mensual más elevada, incluyendo todos los factores salariales devengados del último año; en su lugar, dispuso que Colpensiones reliquidara la pensión de la afiliada teniendo como IBL el promedio de los factores salariales sobre los cuales se realizaron las cotizaciones en últimos 10 años de servicios.

En dicha providencia se resaltan ejes temáticos interesantes respecto a la afectación del debido proceso, desconocimiento del precedente constitucional y abuso palmario del derecho, en el siguiente sentido:

*“Adicionalmente, es claro que los fallos cuestionados desconocieron el precedente constitucional fijado en la Sentencia C-258 de 2013, pues, contrario a lo señalado en esa ocasión, los jueces procedieron a considerar que el IBL hacía parte del régimen de transición, lo que a su vez, contraviene lo resaltada en las Sentencia SU-230 de 2015, SU-4278 de 2016 y SU-028 de 2018, **en las que con suficiencia se había aclara la imposibilidad de que transitara el IBL, por virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**”*

En ese sentido, se desconocieron precedentes de obligatorio cumplimiento de esta corporación, por lo que las decisiones adolecen de unos defectos que justifican el amparo del derecho de Colpensiones al debido proceso”.

En relación con la afectación de los recursos del sistema indicó:

“Así las cosas, en este asunto convergen factores que, claramente, conducen a concluir que existe una afectación a las garantías fundamentales de la demandante y, consecuentemente, un daño al erario y al sistema pensional pues, entre otras cosas, impone una carga desproporcionada a un sistema solidario, poniendo en riesgo la seguridad social de todos los colombianos”.

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia ampliamente relacionada, resulta incuestionable que la Sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, objeto de la presente acción, desconoció a todas luces los lineamientos sentados en la jurisprudencia de rango constitucional núm. C – 168 de 1995, ya que en esta oportunidad la Corte Constitucional abordó el alcance de los

incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia C – 596 de 1997, Sentencia C – 258 de 2013 y posteriores²⁷, pues, a pesar de que para la fecha en que se dictó sentencia contencioso administrativa ya era vigente dicho precedente, los juzgadores decidieron no aplicarlo.

2.3 Violación directa de la Constitución Nacional.

La Corte ha señalado en relación con este vicio, en sentencia SU – 069 de 2018, lo siguiente:

“El desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis. Así, se ha sostenido que esta figura se estructura cuando el juez en la decisión desconoce la Carta. Ello puede ocurrir, primero, porque no se aplica una norma fundamental al caso en estudio, lo cual se presenta porque:

(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;

(b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y

(c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución

*En segundo lugar, porque se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución. En este caso, se ha señalado que los jueces, en sus fallos, deben tener en cuenta la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4º Superior, en tanto la Carta es norma de normas y, **cuando existe incompatibilidad con las disposiciones legales, debe aplicarse de preferencia las constitucionales.***

En suma, esta causal de procedencia específica de la acción de tutela se genera a partir del desconocimiento de los jueces de aplicar la Constitución, conforme con el mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados”. (Subraya y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, en el *sub lite* se materializó este vicio por dar preferencia a disposiciones legales incompatibles con la constitución y debido a que interpretó la norma en oposición a la sentencia C – 168 de 1995 y al resto de providencias mencionadas en el presente documento como la C – 596 1997, C – 258 de 2013, SU – 230 de 2015, SU – 427 de 2016, SU – 395 de 2017, SU – 631 de 2017, SU – 068 de 2018 y T – 109 de 2019, entre otras.

Así las cosas, veremos por qué se considera que el despacho accionado vulneró la Constitución y, con ello, los derechos de la entidad que represento:

27 A-326 de 2014, T-078 de 2014, SU-230 de 2015, T-513 de 2016, SU-427 de 2016, T-591 de 2016, SU-210 de 017, T617 de 2017, SU-395 de 2017, A-229 de 2017, SU-631 de 2017, T-034 de 2018, T-039 de 2018, SU-023 de 2018, T- 212 de 2018, SU-068 de 2018, T-368 de 2018, A-617 de 2018, T-086 de 2019, T-109 de 2019. Corte Constitucional.

I) **Abuso Palmario y Sostenibilidad del Sistema Pensional. Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005**

En desarrollo de los fines esenciales del Estado colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

Ahora bien, el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado, sin que ello implique su regresividad, con miras a aumentar cobertura, ampliar la equidad, mejorar la eficiencia en manejo de los recursos y fortalecer el sistema.

De acuerdo con lo anterior, Colpensiones al ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, debe velar, en todo momento, por la protección de los dineros del erario, toda vez que el pago de prestaciones reconocidas en contravía de preceptos legales afecta el principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005:

*“El Estado garantizará los derechos, **la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”*
(Cursiva, Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

En ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política en esta materia.

Cabe resaltar que el juez de tutela tiene una responsabilidad inmensa en torno al respeto de los derechos fundamentales, por ende, no puede, so pretexto, de proteger el derecho de uno, pasar por encima del derecho de toda la comunidad, como ocurre en el presente caso. No hay que olvidar que es una responsabilidad de todas las ramas del Estado, velar por el uso adecuado de los recursos y con decisiones como estas, evidentemente, se afecta el Sistema General en Pensiones, al pagar prestaciones que no están financiadas, a las cuales no se tiene derecho y sobre todo que han sido reconocidas con abuso del derecho.

La Corte Constitucional, en sentencia T – 399 de 2013, justamente analizó el tema relacionado con la defensa del patrimonio público y se pronunció, así:

“De igual forma, *todas las autoridades estatales, e incluso los ciudadanos, deben velar por la protección del patrimonio público ya que resulta ser un bien colectivo que importa a todos.*

...De esa forma, incluso los jueces, quienes deben emitir sus providencias dentro del marco legal y conforme a lo que ha resultado suficientemente probado en los procesos que involucran la responsabilidad patrimonial de entidades públicas, como las entidades territoriales, deben velar por la protección y la buena destinación de los dineros que corresponden a la Nación...

Obligaciones del juez de tutela *La defensa del patrimonio público como derecho colectivo, debe ser observado por todas las autoridades estatales, incluso por parte de las autoridades judiciales, quienes emiten providencias que pueden generar la intervención del erario público, y ésta debe estar plenamente justificada en material probatorio suficiente y acorde con las circunstancias de cada caso concreto. (...), d) el **juez constitucional debe ser muy cuidadoso con el cumplimiento de los requisitos de procedencia**, concretamente la subsidiariedad, para evitar providencias por fuera de su competencia, que generen perjuicios a derechos colectivos los cuales debieron ser discutidos en el ámbito jurisdiccional correspondiente. Esto porque la tutela no es un mecanismo alternativo que reemplace los procesos judiciales o que permita adoptar decisiones paralelas a las del funcionario que está conociendo de un determinado asunto radicado bajo su competencia.”*

En este sentido, es importante tener en cuenta lo expresado por el Consejo de Estado, quien, sobre el particular: *“ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: “la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir **prevenir y combatir su detrimento**; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, **conforme lo dispone la normatividad respectiva**”²⁸ (Negrillas fuera de texto original)*

En el desarrollo de la presente solicitud de protección constitucional, se ha dejado demostrado que el despacho aquí accionado vulneró, a todas luces, los derechos fundamentales de esta Administradora, en lo referente al debido proceso, acceso efectivo a la Administración de Justicia y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del sistema jurídico.

Por otra parte, se afecta la sostenibilidad financiera, cuando se reconocen mesadas pensionales superiores a las que en derecho corresponden, lo que la jurisprudencia ha llamado el abuso palmario del derecho.

La tesis sobre el **abuso palmario del derecho** viene siendo desarrollada desde la ya mencionada sentencia C – 258 de 2013, en la cual la Corte Constitucional, sobre el tema, indicó:

28 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra

“Recuerda la Corte que, para ese menester se tendrá en cuenta, de manera preponderante, la dimensión objetiva de los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, de manera que no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que, a la luz de lo establecido en esta sentencia, resulta contrario a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.

En materia pensional con frecuencia se presentan situaciones de abuso del derecho, que se encuadran dentro de esta segunda hipótesis, que dan lugar al reconocimiento de pensiones con ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario, que generan un desequilibrio manifiesto del principio de igualdad, y fruto de un aprovechamiento de las interpretaciones que las autoridades judiciales y administrativas han hecho de las normas”.

La anterior *ratio decidendi* fue ratificada por la misma Corte en Sentencia SU – 427 del 2016, en la cual sobre el punto manifestó:

“En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Esta sentencia de unificación dejó sentadas unas reglas aplicables para la procedencia de la acción de tutela en situaciones de abuso del derecho, así:

1. Las entidades de pensión están legitimadas para iniciar el recurso de revisión.
2. Ante la existencia de dicho recurso, **en principio, las acciones de tutela son improcedentes, salvo que de manera palmaria, se evidencie dicha irregularidad.**
3. De encontrarse demostrada la configuración del abuso del derecho, el juez constitucional está facultado para dejar sin efectos las providencias judiciales que avalaron el mismo y deberá ordenar el reajuste de la prestación en debida forma.

Ahora bien, en relación con el concepto de abuso del derecho en forma palmaria, esta misma Alta Corporación, a través de la sentencia T – 591 de 2016, aclaró:

“hay un abuso del derecho palmario cuando los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicio derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida.” (Subraya y negrita fuera de texto original)

En la Sentencia de Unificación SU – 631 de 2017, la Corte Constitucional desarrolló ampliamente el concepto de abuso del derecho, así:

“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. (...)”

En dicha ocasión el Alto Tribunal estudió entre otros temas, el relacionado con el reconocimiento de pensiones con abuso del derecho o fraude a la Ley, pensiones adquiridas sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y el incremento excesivo en la mesada pensional, realizando en torno a cada uno de ellos las siguientes apreciaciones:

Veamos lo anterior:

i. Abuso del Derecho

“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 ley y los límites entre ambas figuras se vuelven difusos. 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 adquiridos”

ii. Incremento excesivo en la mesada pensional. Grave impacto fiscal:

“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.

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.**”

De acuerdo con lo reseñado en esta sentencia SU – 631 de 2017, también reiterado en las sentencias T – 034, T – 039 de 2018 y T – 080 de 2019, la Corte Constitucional señaló los “criterios para identificar eventos en los que el abuso del derecho emerge de modo palmario” e identificó los siguientes:

- (a) Casos en los que la vinculación precaria adquiere relevancia por la aplicación ultractiva de un IBL distinto la de la Ley 100 de 1993.
- (b) Casos en los cuales la vinculación precaria opera en el marco del régimen especial, sobre la base del cual existen derechos adquiridos.
- (c) la falta de correspondencia entre el reconocimiento pensional y la historia laboral del beneficiario.

(d) la ventaja irrazonable en comparación con otros beneficiarios del sistema pensional como es el caso de la exclusión de topes al monto pensional

Pare el literal b, previó dos eventos:

- (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.

Así, determinó entonces que, por regla general, las tutelas serán procedentes cuando exista un abuso del derecho que haya generado un incremento protuberante en la mesada pensional y que no guarde coherencia con la historia laboral del beneficiado con la orden judicial.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, efectuado en la sentencia **T – 619 de 19 de diciembre de 2019**, indicó, sobre la vinculación laboral precaria, lo siguiente:

“Además en el caso se evidencia que ii) la última vinculación de la señora Castañeda, a menos de dos años de su retiro, fue precaria, toda vez que se desempeñó en un cargo en provisionalidad, cuyo salario terminó incidiendo significativamente en el incremento desproporcionado de su actual mesada con relación a lo que devengó en toda su vida laboral, como fue acreditado por Colpensiones.

(...) Por tanto, la Sala no solamente encuentra acreditado el abuso palmario del derecho, sino que también, la afectación al debido proceso pues las autoridades demandadas efectuaron un reconocimiento pensional en contravención a lo que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala y, con esa interpretación, procedieron a ordenar que la mesada pensional de la señora Castañeda fuera fijada teniendo en cuenta los ingresos del último año laborado, por lo que el valor ordenado no guarda relación alguna con los aportes que acumuló durante su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagarla”.

Así, determinó entonces que, por regla general, las tutelas serán procedentes, cuando exista un abuso del derecho que haya generado un incremento protuberante en la mesada pensional y que no guarde coherencia con la historia laboral del beneficiado con la orden judicial.

En este sentido, el abuso palmario del derecho en el presente caso resulta indiscutible, toda vez que el fallo judicial del Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, al haber ordenado la reliquidación de la prestación económica con todos los factores salariales devengados en el último año por el señor Agustín Sierra Garza, incrementó el valor de la mesada en suma equivalente a \$6.071.563 en la actualidad, cuando en derecho le correspondía la suma de \$1.496.347, es decir, la decisión judicial generó un incremento comprobado del 305% del valor de la mesada que en derecho le correspondería.

Conforme con lo antes esbozado y sujetos a los criterios interpretativos para identificar el abuso palmario del derecho, es claro que el caso del señor Agustín Sierra Garza se presenta:

- i) Un incremento pensional ilegítimo, al reconocérsele la liquidación del IBL con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluso aquellos factores sobre los cuales no se hubiere efectuado cotización alguna, lo que desfinancia el sistema pensional, y que a la postre generó un **significativo incremento de la mesada equivalente al 305%** que favoreció desproporcionadamente al interesado en comparación con otros afiliados.
- ii) Incremento pensional como producto del empleo de una interpretación de la ley que resultaba contraria a la Constitución, en el entendido de que la Corte Constitucional había fijado el alcance normativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A continuación, se muestra:

MESADA AJUSTADA A DERECHO	MESADA Y RETROACTIVO IRREGULAR
IBL: <u>Últimos 10 años de cotización.</u> - Mesada a 2006: <u>\$788.448</u> - Mesada a 2022: <u>\$1.496.347</u>	IBL: <u>Último año</u> - Mesada a 2006: <u>\$3.199.199</u> - Mesada a 2022: <u>\$6.071.563</u>
Aumento de la mesada: 305% (\$6.071.563 – \$1.496.347 = \$4.575.216)	

- iii) **IMPACTO ECONÓMICO FUTURO:** se realiza el cálculo de los valores que se pagarían a futuro a favor del señor Sierra Garza, con la mesada pensional liquidada con último año vs la mesada pensional liquidada conforme a derecho, exponiéndose las diferencias económicas que representaría.

Cálculo a noviembre 2022 (Mesada último año)	Cálculo a noviembre 2022 (Mesada en derecho)	Diferencias Reserva Actuarial
\$1.221.587.801	\$307.058.344	\$914.529.456

Como se observa a futuro la grave afectación de los recursos del sistema pensional equivaldría a NOVECIENTOS CATORCE MILLONES QUINIENTOS VEINTI NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$914.529.456)

Así las cosas, resulta menester concluir que la reliquidación de la pensión de vejez a favor del señor Agustín Sierra Garza, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho, constituyó lo que se conoce como un verdadero abuso del derecho y un desconocimiento al derecho fundamental a la igualdad de los afiliados y pensionados al Régimen de Prima Media con Prestación definida, como quiera que, con ello, se está otorgando un beneficio pensional claramente desproporcionado si se compara con el que reciben los demás afiliados, demostrándose así el abuso del derecho, a que alude la Corte Constitucional en la sentencia Sentencia SU – 631 de 2017, así:

“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 una 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”.

II) DEBIDO PROCESO – ARTÍCULO 29 CONSTITUCIÓN NACIONAL

El derecho al debido proceso se encuentra clasificado y definido en el artículo 29 de la Constitución de 1991, como un derecho fundamental el cual debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, en aras de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados y de los sujetos procesales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que:

*“El debido proceso y el principio de legalidad que debe regir la administración pública, apareja la obligación de las autoridades administrativas de motivar sus propios actos, obligación que incluye el considerar explícita y razonadamente la doctrina judicial que sirve de fundamento para cada actuación y decisión. Lo anterior, en cuanto esto (i) garantiza la certeza por parte de los sujetos, partes y ciudadanos en relación con la ley y la jurisprudencia, (ii) asegura una interpretación y aplicación consistente y uniforme de las mismas, **(iii) lo cual a su vez promueve la estabilidad social, la certeza, la seguridad jurídica, y la igualdad, evitando la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas.** Incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.”²⁹ (Negrita y subraya fuera de texto)*

29 Sentencia C-539 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese sentido, para la Corte Constitucional resultan contrarias al debido proceso, entre otras situaciones: **(i) el incumplimiento de una carga mínima de argumentación que, a partir del principio de razón suficiente, justifique apartarse del precedente constitucional** y **(ii) la simple omisión o negativa del juez en la aplicación del precedente existente, a partir de un erróneo entendimiento de la autonomía judicial o en un ejercicio abusivo de ella.**

Descendiendo al caso concreto, se advierte que las decisiones proferidas dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho, objeto de la presente acción constitucional, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de Colpensiones, ya que el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” inaplicaron abiertamente las reglas sentadas por la Corte Constitucional en torno a la exclusión del ingreso base de liquidación (IBL) del régimen de transición en pensiones y, con ello, realizaron una **indebida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993- que no quedaban cobijadas por el régimen de transición**, incurriendo de este modo, en vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial e, igualmente, en un defecto sustantivo, circunstancias éstas tipificadas como causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Lo anterior, considerando que el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” dispusieron que el ingreso base de liquidación del señor Agustín Sierra Garza fuera liquidado sobre el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, cuando lo Constitucional y legalmente procedente era que dicha liquidación se hiciera con el promedio de lo devengado en el tiempo que le faltara para adquirir el derecho conforme a lo establecido en el artículo 21 y en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según fuere el caso y que, respecto a los factores de liquidación a tener en cuenta, estos debían ser de carácter remuneratorio y sobre los mismos haberse efectuado las cotizaciones respectivas, de acuerdo con la interpretación realizada en la sentencia C – 168 de 1995, que posteriormente fuera confirmada en la C – 258 de 2013 y luego ratificada con la sentencia SU – 230 de 2015 de la Corte Constitucional.

En este sentido, la orden de liquidación pensional conforme a todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sin acatar la regla fijada en las Sentencias C – 168 de 1995, C – 596 de 1997, C – 258 de 2013 y en la SU – 230 de 2015, sobre la aplicación general del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respecto el cálculo del IBL de beneficiarios del régimen de transición en pensiones, configura un abuso del derecho que obliga a esta Administradora a pedir la protección de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA e IGUALDAD ANTE LA LEY.

III) ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – ARTÍCULO 229 DE LA CP

En el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho No. 11001333302120120037100, para la fecha en la que se emitió el fallo objeto de tutela, ya se había fijado un precedente constitucional sobre el tema; interpretación contenida en la sentencia C – 168 de 1995, sobre la exclusión del ingreso base de liquidación (IBL) del régimen de transición en pensiones y confirmada en las sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015.

De esta manera, resulta indiscutible que el derecho fundamental de Colpensiones al acceso a la administración de justicia ha sido defraudado. El Legislador reguló el ejercicio de tal derecho mediante la Ley Estatutaria 270 de 1996, la cual designó como principios rectores de la administración de justicia: el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, la celeridad, la oralidad, la autonomía e independencia de la rama judicial, la gratuidad, la eficiencia, y el **respeto de los derechos**. Sobre los dos últimos principios las normas de la mencionada ley que los regulan señalan:

“ARTÍCULO 7°. EFICIENCIA. La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.

(...)

ARTICULO 9°. RESPETO DE LOS DERECHOS. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

La alegada violación de derechos fundamentales igualmente se proyecta sobre la pronta y cumplida Administración de Justicia mediante la cual también se realizan los fines del Estado. De esta manera, una situación de abuso palmario del derecho quebranta indiscutiblemente el Estado de derecho requiriéndose una acción urgente que reverse las decisiones judiciales problemáticas, máxime cuando medie un detrimento patrimonial del Estado.

Igualmente, mediante sentencia T – 283 de 2013 la Corte Constitucional en relación con el derecho de acceso a la administración de justicia indicó: *El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, **para propugnar por la integridad del orden jurídico** y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.*

Finalmente, la Corte Constitucional mediante sentencia SU – 069 de 2018 al explicar los vicios que constituyen vías de hecho y que permiten la procedencia de una acción de tutela contra una providencia judicial incluyó al que denominó *vulneración directa de la Constitución*:

“El desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis³⁰. Así, se ha sostenido que esta figura se estructura cuando el juez en la decisión desconoce la Carta.

Ello puede ocurrir, primero, porque no se aplica una norma fundamental al caso en estudio³¹, lo cual se presenta porque:

³⁰ Sentencia T-888 de 2010.

(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;
(b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata³²; y
(c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución³³.

En segundo lugar, porque se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución³⁴. En este caso, se ha señalado que los jueces, en sus fallos, deben tener en cuenta la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4º Superior³⁵, en tanto la Carta es norma de normas y, cuando existe incompatibilidad con las disposiciones legales, debe aplicarse de preferencia las constitucionales³⁶.

En suma, esta causal de procedencia específica de la acción de tutela se genera a partir del desconocimiento de los jueces de aplicar la Constitución, conforme con el mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados”.

Bajo esta premisa, el fallo proferido 16 de agosto de 2013 por el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, confirmado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, con sentencia del 13 de febrero de 2014 no cumple con ninguno de los supuestos de riguroso acatamiento mencionados, pues NO se evidencia un estudio acucioso y adecuado al derecho reconocido, por el contrario, infringe abiertamente los principios constitucionales, la ley y el precedente jurisprudencial aplicable al caso, al omitir la valoración idónea de los hechos y medios probatorios para resolver la acción y su cumplimiento compromete el patrimonio administrado por Colpensiones.

4. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de este documento, manifiesto, que Colpensiones no ha interpuesto acción de tutela ante otra autoridad por los mismos hechos.

³¹ En la Sentencia C-590 de 2002 dijo la Corte que se deja de aplicar una disposición iusfundamental en los casos en que “... si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.

³² Sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999. Los derechos de aplicación inmediata están consagrados en el artículo 85 de la C.P. Ellos son: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la personalidad jurídica, intimidad, al buen nombre, la honra, al libre desarrollo de la personalidad, libertad, de conciencia, de cultos, expresión, de petición, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la libertad personal, a la libre circulación, al debido proceso, al habeas corpus y a la segunda instancia en materia penal, a la inviolabilidad del domicilio, a la no incriminación, de reunión, de asociación y los derechos políticos.

³³ Ver entre otras, las sentencias T-199 de 2009; T-590 de 2009 y T-809 de 2010.

³⁴ En la sentencia C-590 de 2005 se reconoció autonomía a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela y se establecieron algunos criterios para su aplicación.

³⁵ En la Sentencia T-522 de 2001, se dijo que la solicitud debía ser expresa.

³⁶ Sentencias T-927 de 2010 y T-522 de 2001.

5. PETICIONES

Conforme a los hechos y argumentos constitucionales, legales y jurisprudenciales precedentemente reseñados, me permito solicitar a esa Honorable Corporación:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de Colpensiones al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia e igualdad ante la ley, orientados a la Defensa del patrimonio público y a la protección del principio de sostenibilidad financiera, en consideración a que el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, incurrieron en violación directa a la Constitución, desconocimiento del precedente jurisprudencial y defecto sustantivo, en las sentencia proferidas el 16 de agosto de 2013 y el 13 de febrero de 2014, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado No. 11001333302120120037100.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO de manera definitiva la sentencia proferida el 13 de febrero de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 11001333302120120037100, teniendo en cuenta que la decisión allí adoptada es contraria a la normatividad y a la jurisprudencia constitucional fijada en la materia. En su lugar, ORDENE al despacho accionado, proferir nueva decisión subsanando los yerros alegados en la presente tutela.

6. PRUEBAS

- ✓ Documentales: se anexan al escrito los siguientes:
 - Providencias proferidas al interior del proceso identificado con Radicado No. 1001333302120120037100.
 - Resolución No. 042758 del 18 de septiembre de 2009
 - Resolución No. 48129 del 20 de octubre de 2009
 - Resolución GNR 253600 del 20 de agosto de 2015
 - Certificados Laborales del señor Agustín Sierra Garza.
 - Certificados de factores salariales del señor Agustín Sierra Garza.
 - Extractos de Acuerdo 131 de 26 de abril de 2019
 - Certificación Laboral de Diego Alejandro Urrego Escobar
 - Certificado de existencia y Representación de la Superintendencia Financiera de Colombia

7. NOTIFICACIONES

Al Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Segunda en la Carrera 57 No. 43 – 91 de Bogotá o al correo admin21bt@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, en la Diagonal 22B (Avenida La Esperanza) No. 53 – 02, de Bogotá o al correo des12sec02tadmamarca@cendoj.ramajudicial.gov.co

El señor Agustín Sierra Garza, en la Avenida Calle 68 No. 60 – 97 Interior 18 Apartamento 601 de Bogotá D.C.

De igual forma se indica que, en consonancia con el artículo 197 de la Ley 1437 de 2011, Colpensiones dispone como único correo electrónico oficial para recibir notificaciones judiciales en materia de tutelas notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Cordialmente,



DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR

Gerente de Defensa Judicial

Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media

Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Proyectó: Sergio Andrés Fernández Rivas – Profesional Máster

"Los aquí firmantes declaramos que para la elaboración del presente documento: 1. se consultaron los aplicativos, bases de datos y aquellos sistemas disponibles requeridos para establecer la veracidad de la información que en el mismo se consigna. 2. se consultó la normatividad vigente y las disposiciones internas de Colpensiones. 3. se utilizó información verificable".