



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01005-00

Accionante: ANA SILVIA ÁNGEL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA –
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C”

Acción de tutela - Fallo de primera instancia

Procede la Sala a resolver la acción de tutela formulada por la señora Ana Silvia Ángel en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

1.1. Mediante escrito presentado el 5 de abril de 2018¹, en la Secretaría General de esta Corporación, la señora Ana Silvia Ángel, actuando a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y el principio de confianza legítima.

1.2. La peticionaria consideró vulnerados los mencionados derechos con ocasión de la sentencia del 13 de diciembre de 2017, proferida

¹ Folio 1.



por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 11001-33-35-023-2015-00641-01, que revocó la sentencia del 27 de octubre de 2016 del Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

A título de amparo constitucional solicitó:

“Primero: Se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C” – MP Dra. LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÓGUEZ, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2017, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento (sic) Nro. 1100133350232015006401.

Segundo: Se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C”, realizar las gestiones necesarias para dictar una nueva sentencia en la que se Confirme (sic) la sentencia de primera Instancia (sic) proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Bogotá, que accedió a la pretensiones (sic) de la demanda, en aplicación al precedente del Consejo de Estado.

Tercero: Que la nueva sentencia observe en su integridad el precedente vertical del Consejo de Estado contenido en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), ordenando incluir en la pensión de la accionante la TOTALIDAD DE FACTORES DE SALARIO devengados en el último año de servicio, tal y como se pidió en la demanda.”²

2. Hechos

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

2.1. La señora Ana Silvia Ángel laboró al servicio de la Secretaría de Educación Distrital, en el cargo de auxiliar administrativo, desde el 29 de octubre de 1987 al primero de mayo de 2009.

2.2. Mediante la Resolución No. GNR14922 del 22 de enero de 2015, Colpensiones al resolver un recurso de reposición contra el

² Folio 20.



acto administrativo mediante el cual se le había reconocido pensión vitalicia de jubilación, resolvió reliquidar la prestación de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la Ley 758 de 1990, es decir, con el 90% sobre un ingreso de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó o aportó durante los últimos 10 años.

2.3. La actora presentó solicitud de reliquidación pensional, la cual fue resuelta mediante Resolución No. GNR 268444 del 1º de septiembre de 2015, en donde se ordenó reliquidar la pensión de la tutelante conforme a lo establecido en el decreto 758 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.4. La señora Yolanda Cárdenas interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Administradora de Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el fin de que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados, así como la liquidación de la pensión sobre el 75% de lo devengado en el último año de servicios.

2.5. Mediante sentencia del 27 de octubre de 2016 el Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, accedió a las pretensiones de la acción y ordenó la reliquidación respectiva, de conformidad con lo pedido por la accionante.

2.6. Inconforme con la decisión anterior, la parte demandada la apeló, recurso del cual conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, autoridad judicial que en sentencia del 13 de diciembre de 2017 revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto administrativo cuestionado se encontraba acorde a derecho, a la luz de lo dispuesto en las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, pues *“el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 permite la aplicación del régimen pensional anterior, única y exclusivamente en cuanto a la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto (tasa de reemplazo). Las demás condiciones y requisitos aplicables para el reconocimiento de la pensión*



de vejez, se rigen por las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.”³

3. Fundamentos de la vulneración

La parte actora consideró vulnerados sus derechos fundamentales en atención a que el Tribunal accionado desconoció el precedente del Consejo de Estado establecido en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-07509-01, el cual dispone que las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985 se deben liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

A juicio de la actora, la autoridad judicial accionada no podía aplicar al mismo tiempo las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, pues vulnera el principio de favorabilidad interpretativa. Adicionalmente, indicó que se dio una indebida interpretación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, indicó que las providencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 no podían aplicarse de forma retroactiva en el caso en concreto, y que además, tienen supuestos fácticos diferentes.

Así mismo, manifestó que se desconoció lo establecido por el Consejo de Estado, en sede de tutela en las siguientes providencias:

1. 16 de marzo de 2017, radicado 2016-02475-01, Consejero ponente William Hernández Gómez.
2. 15 de julio de 2016, Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés

4. Trámite de la acción de tutela

Con auto del 10 de abril de 2018⁴, el despacho ponente de la presente providencia admitió la solicitud de amparo, ordenó notificar

³ Folio 34.

⁴ Folios 70 a 71.



a las partes y vinculó al Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, como terceros con interés en el resultado del proceso.

4.1. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 72 a 80, se presentaron las siguientes intervenciones

4.1.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”⁵

Mediante escrito radicado el 20 de abril de 2018 en la Secretaría General de esta Corporación, la magistrada ponente de la decisión atacada manifestó que comparte la tesis sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por lo que solicitó que al asumirse el estudio de la decisión del 13 de diciembre de 2017 se verificara que la misma comprometió un análisis fáctico y jurídico serio del caso particular al cual se refiere la controversia.

Por lo anterior, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la tutelante y allegó, como medio de prueba, la sentencia del 13 de diciembre de 2017.

4.1.2. Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá⁶

La referida autoridad judicial, en escrito enviado por correo electrónico el 18 de abril de 2018, manifestó que la demanda de tutela de la referencia no indica que el juzgado hubiera vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

Igualmente, puso de presente que luego de hacer un análisis del caso en concreto, arribó a la conclusión de que a la tutelante le asistía derecho a que su pensión fuera reliquidada teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales

⁵ Folio 87.

⁶ Folios 82 a 86.



devengados en el último año de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985.

4.1.3. Colpensiones⁷

Con escrito radicado el 25 de abril en la Secretaría General del Consejo de Estado, el Director de acciones constitucionales de la referida entidad manifestó que no tenía responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales alegados, pues la demanda se dirige contra una actuación judicial. Por lo anterior, solicitó se le desvinculara del trámite constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la petición de amparo constitucional presentada por la parte accionante, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2. Cuestión previa

En el escrito de contestación de la acción, Colpensiones solicitó se le desvinculara del trámite constitucional al considerar que no vulneró los derechos fundamentales del actor, pues la acción se dirige contra una actuación judicial.

Al respecto, la Sala manifiesta que la mencionada petición será negada pues la entidad fue vinculada al proceso como tercero con interés, más no como accionada, ya que participó como demandada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la presente solicitud de amparo, por lo que la decisión que se adopte puede afectarla.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

⁷ Folios 101 a 103.



1. ¿Se superan en el caso en concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial?

De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, la Sala analizará lo siguiente:

2. ¿Vulneró los derechos invocados por la señora Yolanda Cárdenas Cabrera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ocasión de la sentencia del 13 de diciembre de 2017?

Para resolver el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y **(iii)** análisis del caso concreto.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,⁸ *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.⁹

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.¹⁰

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

⁹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁰ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia” (Negritillas dentro del texto).



Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

5. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

Para esta Sala está acreditado que la solicitud de amparo no se dirige a cuestionar decisiones producto de un proceso de tutela, con lo que se entiende superado el primero de los requisitos.

Ocurre lo mismo con el de subsidiariedad, pues la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que se cuestiona en sede de tutela, puso fin a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número de radicado 11001-33-35-015-2015-00857-00, y frente a tal providencia no procede recurso ordinario alguno.

Tampoco los extraordinarios, pues los motivos que sustentan esta acción constitucional no se compadecen con los requisitos que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión. Igualmente, si bien se alega como desconocida una sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo que, en principio haría procedente el recurso extraordinario de unificación de

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.



jurisprudencia al que se refiere el artículo 256 del CPACA, lo cierto es que por el criterio de la cuantía el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia no procede.

En efecto, del trámite impartido a la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala advierte que en primera instancia conoció de dicho proceso el Juzgado 23 Administrativo del Circuito judicial de Bogotá, lo que en virtud del numeral 2º del artículo 155 del CPACA implica que se trata de un asunto cuya cuantía no excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por lo anterior, el caso de la referencia no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 257 del CPACA en lo que concierne a la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Y, por último, se cumple con el de la inmediatez en atención a que la providencia de segunda instancia atacada es del 13 de diciembre de 2017, y aunque el término para calcular el plazo prudencial para promover la solicitud de amparo se contabiliza a partir de la ejecutoria de la sentencia reprochada, lo cierto es que la tutela fue interpuesta el 5 de abril de 2018, lo que desde ya implica un ejercicio pronto de la acción de tutela.

Superados los requisitos adjetivos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Sala se adentrará en el examen del reproche formulado.

6. Caso concreto

En la presente solicitud de amparo la accionante alegó, en primer lugar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia del 13 de diciembre de 2017, en la cual se decidió revocar la decisión de primera instancia para en su lugar negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida a obtener el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al reconocimiento del estatus pensional, se desconoció la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.



Lo anterior, debido a que según dicho precedente las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985 se deben liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios, situación definida de forma contraria por la autoridad judicial accionada.

Por lo anterior, no era procedente dar aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, que fueron proferidas con posterioridad al momento en el cual se causó su derecho pensional y tratan de supuestos fácticos diferentes.

A juicio de la actora, la autoridad judicial accionada no podía aplicar al mismo tiempo las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, pues vulnera el principio de favorabilidad interpretativa. Igualmente, indicó que se dio interpretación indebida al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se configura un defecto sustantivo.

En segundo lugar, manifestó que se desconoció lo establecido por diferentes Secciones del Consejo de Estado, en sede de tutela, en las que se accedió al amparo en casos similares.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala analizará los argumentos antes expuestos de forma separada.

6.1. Desconocimiento del precedente alegado y del defecto sustantivo

Para efectos de resolver el presente asunto constitucional, se reitera el criterio expuesto en ocasiones anteriores¹², y se hace referencia a la forma como las diferentes Corporaciones de cierre en lo ordinario, contencioso y constitucional, han analizado el tema referente a la normativa que debe aplicarse para fijar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición.

¹² Ver al respecto las sentencias del 8 de febrero de 2018. Rad. 11001-03-15-000-2017-03341-00, del 22 de febrero de 2018. Rad. 11001-03-15-000-2017-02121-01 C.P. Alberto Yepes Barreiro; del 1º de marzo de 2018 Rad. 11001-03-15-000-2017-02976-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, entre otras.



6.1.1. Criterio de las Altas Cortes en relación con la aplicación del IBL en el régimen de transición

A la pregunta sobre la normativa que debe aplicarse para fijar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, debemos señalar que en un primer momento existían criterios encontrados entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, así:

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 ha mantenido una posición reiterada en relación con el tema¹³, al indicar que:

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

(...)

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, Rad. 33343 sentencia de 17 de octubre de 2008, MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada”.

En sentido contrario, la **Sección Segunda del Consejo de Estado** en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010,¹⁴ señaló:

“Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o 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.

(...).”.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, la normatividad aplicable en este caso para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y, especialmente, cuantía de la pensión de jubilación, son las Leyes 33 y 62 de 1985.

(...)

En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación”.

Como se puede evidenciar, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Segunda del Consejo de Estado tienen posiciones contrarias, en relación con la aplicación del IBL a quienes se encontraban en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para la Corte Suprema de Justicia *“el régimen de transición solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que (...) la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos*



de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 [de la Ley 100 del 93]¹⁵.

En cambio, para el Consejo de Estado, el principio de inescindibilidad de la norma permite efectivizar los derechos y garantías constitucionales, por tanto, los factores salariales que componen la base de liquidación pensional son todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. Conviene precisar que para esta Corporación el IBL también hace parte del régimen de transición.

Por su parte, el 7 de mayo de 2013, **la Corte Constitucional**, mediante sentencia C-258 de 2013 fijó la regla de aplicación del IBL en el siguiente sentido:

“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 condicionada 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.”

Así pues, aunque la Corte se ocupaba, en dicha oportunidad, de un asunto relacionado con el régimen de transición en pensiones de los Congresistas, lo cierto es que en materia de aplicación del IBL para efectos de la liquidación de la pensión, **fijó una regla general** al indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



Su estudio se basó en las normas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, e hizo el análisis correspondiente y adicionalmente señaló que esa interpretación permitía llenar el vacío que se produciría por la declaración de inexequibilidad que en este caso se estaba haciendo.

Es así como en posteriores decisiones, la Corte Constitucional tuvo en cuenta esa regla para señalar que el ingreso base de liquidación debe ser el fijado de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁶.

Igualmente, en la sentencia SU - 230 de 2015 consideró que:

“(…)

Como se evidencia, **la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.**

Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:

“En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexecutable la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexecutable el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén

¹⁶ Al efecto ver Sentencia T-078/14, CP. Dr. Mauricio González Cuervo.



regulados por ése artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013”.

3.2.2.2. 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**”. (Negrilla por fuera de texto).

De lo transcrito, se concluye que las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado son contrarias en cuanto a los factores y el período a liquidar que debe cubrir el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la primera, este no incluye el ingreso base de liquidación – IBL, y para el segundo, aquél sí es un ítem que está cobijado por este régimen.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016, hizo referencia a cuándo debía o no aplicarse su precedente relacionado con el IBL. Al respecto señaló:

“Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano **adquirió su estatus pensional** antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos



establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde “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”. (Negrilla fuera del texto)

Ahora bien, esta Sala, con fundamento en la tesis expuesta en la sentencia T-615 de 2016, consideró en recientes providencias¹⁷ que aunque prevalecía la posición de la Corte Constitucional, frente a las de las demás altas Cortes, lo cierto es que en cada caso hay que aplicar la tesis vigente al momento de adquirir el derecho pensional, posición, que debe ser modificada en consideración a que:

- a. Dicha decisión fue declarada nula mediante Auto 229 de mayo 10 de 2017 (**el cual se encuentra debidamente publicado**), puesto que la Corte Constitucional consideró que este fallo no tuvo en cuenta el precedente contenido en las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-405/16, según el cual el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. Además, el máximo tribunal constitucional advirtió sobre la obligación de acatar la línea jurisprudencial de las decisiones emitidas por la Sala Plena.
- b. Si bien en esa posición se acepta que el precedente obligatorio es el de la Corte Constitucional, lo cierto es que condiciona su aplicación a que el derecho pensional **se cause después de proferida la sentencia de unificación SU-230 de 2015**, lo cual, implica que en la práctica el precedente de la Corte no es aplicable a ningún caso.

Lo anterior, toda vez que según el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece el régimen de transición que trata la Ley 100 de 1993, se extendió hasta **el 31 de diciembre de 2014**.

¹⁷ Frente a las cuales la ponente de esta sentencia aclaró el voto.



En ese orden de ideas, **la última de las oportunidades para cumplir con los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición, fue para aquellas personas que al 31 de diciembre de 2014, adquirieron su estatus pensional**, pues después de esta fecha no es posible acogerse al régimen anterior, y empezó la aplicación plena de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, comoquiera que la referida sentencia de unificación, **SU-230 de 2015 fue proferida el 29 de abril de 2015**, y **la última oportunidad para cumplir con los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, fue el 31 de diciembre de 2014**, queda claro que la posición que ahora modifica la Sección Quinta según la cual, dicha sentencia **solo aplica para los casos en los cuales se adquirió el derecho pensional con posterioridad a la providencia de unificación de la Corte Constitucional**, no tiene un efecto útil, pues **no hay ninguna posibilidad de que alguien adquiera su derecho, a la luz del régimen anterior, después del 6 de julio de 2015**, que fue la fecha en que se publicó la sentencia SU-230 de 2015 que reiteró la tesis expuesta por la Corte Constitucional, frente a los congresistas, respecto del IBL, a todos los beneficiarios del régimen de transición.

6.1.2. Aplicación del precedente al caso concreto

Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en la SU-230 de 2015, cuya posición prima frente a las de las demás Altas Cortes, por ser el órgano encargado de la guarda de la Constitución, **consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21).



De lo anterior se desprende, que al ser esta la posición de la Corte Constitucional, expuesta en el marco de un análisis de constitucionalidad, debe ser este el precedente aplicable; consistente en que la interpretación correcta del mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha estado dirigida, entre otros a que el IBL para quienes estuvieron amparados por el régimen de transición quedará regido por la Ley 100 de 1993 (art. 21 y 36), y no por las normas de los sistemas pensionales anteriores a la misma. Lo anterior, toda vez que con éste se recoge cualquiera otra posición contraria, por el alcance que tienen, se reitera, las sentencias de constitucionalidad que dicta la Corte Constitucional, **respecto de las cuales, criterios como el de favorabilidad, entre otros, no tienen aplicación, si se tiene en cuenta que es la sentencia de constitucionalidad la que fija el alcance de la norma y marca el sentido que siempre ha tenido la disposición que analiza.**

Así las cosas, la Sala manifiesta que el defecto sustantivo alegado tampoco está llamado a prosperar, pues la interpretación de la norma debe ser acorde a lo establecido por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia de unificación, lo cual ocurrió en el caso en concreto.

Por su parte, la señora Ana Silvia Ángel, se encuentra inmersa en el régimen de transición pensional, aspecto que no fue objeto de debate, y que como consecuencia exige que el cálculo de su pensión se realice con el promedio de los factores salariales¹⁸ cotizados durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior o inferior, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, concluyó que los actos administrativos acusados en sede ordinaria se encuentran ajustados a derecho, pues en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la parte accionante no tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fuera reconocido incluyendo todos los factores salariales

¹⁸ De conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



devengados en el último año de servicios, pues el régimen de transición solo tiene incidencia en los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, mas no en el ingreso base de liquidación.

En ese orden, la autoridad judicial no desconoció el precedente aplicable al caso, como tampoco incurrió en el defecto sustantivo alegado, de conformidad con la regla establecida en la providencia de constitucionalidad referida, y en consecuencia **no se configuró el defecto alegado.**

6.2. De las sentencias de tutela alegadas como desconocidas

Al respecto, la Sala pone de presente que las providencias dictadas al interior de procesos de tutela por el Consejo de Estado, no constituyen precedente, pues no fueron proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de negarse la acción de tutela de la referencia, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para conceder el amparo, toda vez que la providencia enjuiciada aplicó el precedente de la Corte Constitucional, el cual, se reitera, era el pertinente para efectos de resolver el caso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la protección de los derechos invocados en la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Silvia Ángel, de



conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
Ausente con permiso

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5730-6-1



GP059-6-1

