

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - La providencia cuestionada no vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Se configura por inaplicación de la sentencia de unificación de esta Corporación / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - No existe contradicción entre el pronunciamiento de unificación de la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del Consejo de Estado

Advierte la Sala que revisados los dos precedentes, no existe contradicción en cuanto al ingreso base sobre el cual se debe hacer la respectiva liquidación pensional. Recapitulando, se advierte que con la Sentencia SU-230 de 2015 la regla jurisprudencial que estaba vigente sobre el tema sufre un viraje, ya que señala que el IBL no es un elemento del régimen de transición, de suerte que para su cálculo no será el promedio del último año, sino de los últimos diez (10) años en los términos de la ley 100 de 1993. Pero además, la sentencia SU-230 de 2015 fija otra regla y es que debe liquidarse la pensión sobre la base de lo cotizado y no de lo devengado. Por su parte, el Consejo de Estado en su posición señala que si bien prescribe que debe tomarse lo devengado en el último año -concepto distinto a lo cotizado-, lo cierto es que también dispone que se hagan las deducciones para cotizaciones sobre los factores salariales incluidos, lo que en el fondo permite afirmar que en esto no hay cambio. De esta forma, únicamente existe contradicción de la regla señalada en la sentencia SU-230 de 2015 con relación a la línea jurisprudencial anterior, en cuanto al tiempo que debe asumirse para establecer el IBL, pero no en lo que se refiere a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el IBL para reconocer pensiones de jubilación bajo la Ley 33 de 1985. En el presente caso, lo que está en discusión es que los factores que se devengaron por el actor debían ser tenidos en cuenta al haber sido reconocidos como contraprestación directa del servicio independientemente de que sobre ellos se hubieran efectuado los respectivos aportes, que es la razón que llevó al tribunal accionado a negar las pretensiones de la demanda. Entonces, en ese orden de ideas, el tribunal sí incurrió en desconocimiento de la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión de la parte actora, pues al no existir en el fondo contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores, no procedía argumentar por parte del Tribunal para revocar la decisión de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda ordinaria, que no era posible tener en cuenta factores devengados por no haberse probado que sobre ellas se hubiera cotizado. En situaciones como la del [actor], lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los cuales no se hubiere cotizado en el último año de servicio, se descuenta o retenga los montos de cotización sobre esos factores. Por las razones que han quedado expuestas, la Sala amparará los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social del señor José Alberto Benavides Botina. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de segunda instancia del 5 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. En su lugar se ordenará que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente decisión, profiera una nueva sentencia, en la que tenga en cuenta el precedente judicial contenido en el fallo de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230 / DECRETO 2591 DE 1991 / LEY

33 DE 1985 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 17/ LEY 100 DE 1993 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 45

NOTA DE RELATORIA. En relación con el IBL para liquidar la pensión de vejez, consultar, Consejo de Estado, sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, exp. 2006-07509-01 (0112-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Frente a lo que tiene que ver con el reconocimiento pensional de los congresistas, ver: Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En cuanto a que la Corte Constitucional dispuso para todos los regímenes de transición, que las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 aplicaban solo en cuanto a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo, pero no para establecer el ingreso base de liquidación (IBL), ver Corte Constitucional, sentencia SU-230 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Asimismo, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales del derecho, ver: Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02636-00(AC)

Actor: JOSÉ ALBERTO BENAVIDES BOTINA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por el señor JOSÉ ALBERTO BENAVIDES BOTINA, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

ANTECEDENTES

El 5 de septiembre de 2016, el señor JOSÉ ALBERTO BENAVIDES BOTINA, por intermedio de apoderado, instauró acción de tutela contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“1. Se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad (art. 13), al debido proceso (art. 29), y a la seguridad social (art. 48), previstos en la Constitución Política de Colombia de 1991.

2. Se deje sin efectos la sentencia judicial de segunda instancia de fecha 5 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso 2012-0173.

3. Que como consecuencia de lo anterior se le ordene al Tribunal Administrativo de Nariño en un término perentorio a la Comunicación de esta decisión, proferir nueva sentencia con la cual se de aplicación integral del precedente jurisprudencial vertical previsto en las sentencias de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 proferidas por el Honorable Consejo de Estado (fl. 24)”.

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. El accionante nació el 12 de noviembre de 1937, laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, el último cargo desempeñado fue el de Instructor 485 – 08 en la Dirección General de Prisiones y adquirió el estatus de pensionado el 12 de noviembre de 1992.

2.2. Mediante Resolución No. 037357 del 30 de septiembre de 1993, le fue reconocida pensión mensual vitalicia por vejez con efectividad a partir del 1º de enero de 1993, conforme con lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, por estar en régimen de transición.

2.3. Posteriormente le fue reliquidada la pensión mediante la Resolución No. 017826 del 31 de diciembre de 1996, elevando la cuantía, efectiva a partir del 1º de enero de 1995.

2.4. El actor solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales, lo cual se negó mediante la Resolución No. 046866 del 30 de diciembre de 2005.

2.5. Posteriormente volvió a pedir la reliquidación pensional con el fin de que se incluyeran factores salariales devengados, lo cual fue despachado

desfavorablemente mediante Resolución No. RPD No. 04510 del 26 de junio de 2012, confirmada mediante la Resolución No. 013738 del 30 de octubre de 2012.

2.6. Por lo anterior, demandó a la Unidad de Pensiones y Parafiscales “UGPP” con el fin de que se declarara la nulidad de los actos que negaron la reliquidación pensional con la inclusión de nuevos factores salariales y, a título de restablecimiento del derecho, pidió se liquidara su pensión con la inclusión de los factores ya reconocidos y además el subsidio de alimentación, las primas de navidad, vacaciones, de servicios y cualquier otro emolumento que demostrara haber recibido como contraprestación del servicio.

2.7. El Juzgado Octavo Administrativo de Pasto, en sentencia del 27 de febrero de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda. Consideró que de acuerdo con la certificación de nómina aportada, el demandante en el año 1994 - año anterior al retiro del servicio -, había devengado: subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, vacaciones y navidad, de los cuales en la liquidación de la pensión no se habían incluido el subsidio de alimentación, la prima de servicios, de vacaciones y de navidad, por lo que debía ser reliquidada la pensión, de conformidad con el precedente aplicable y teniendo en cuenta que el caso del actor se regía por la Ley 33 de 1985.

2.8. La decisión se apeló ante el Tribunal Administrativo de Pasto, que en sentencia del 5 de agosto de 2016, revocó la decisión del juzgado y en su lugar, negó las pretensiones del demandante.

2.9. Dijo que si bien está probado que el actor devengó además de su salario, la bonificación de servicios, prima de servicios, de vacaciones, de navidad y viáticos, no estaba acreditado que esos factores hubieran sido objeto de aportes o cotizaciones al sistema pensional y precisó, que a efectos de establecer los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la respectiva pensión, era necesario seguir los lineamientos establecidos en la sentencia C-258 de 2013, en atención a que el ingreso base de liquidación se integraba por la suma de los factores salariales efectivamente cotizados.

2.10. Concluyó entonces, que al momento de efectuarse la liquidación de la pensión de vejez del actor, la extinta Caja Nacional de Previsión “CAJANAL”, tuvo en cuenta que el actor solamente cotizó únicamente la asignación básica y la

bonificación por servicios prestados, los cuales liquidó sobre el 75% de todo lo devengado en el último año de servicios.

3. Fundamentos de la acción

Para el accionante se configura un *desconocimiento del precedente jurisprudencial*, en la medida en que existe una sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, concretamente la providencia del 4 de agosto de 2010 con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, proceso No. 2006-07509-01 (0112-09), en la que se unificaron los criterios de interpretación que deben tenerse sobre las Leyes 33 y 62 de 1985 y en cuanto al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente a la situación particular de los empleados públicos.

Advirtió que la sentencia C-258 de 2013, no es un precedente aplicable al caso, pues en la *ratio decidendi* se indica que sus efectos son solamente en relación con los beneficiarios de la Ley 4ª de 1992, esto es, que se orienta a las pensiones reconocidas a los Congresistas y a los Magistrados de Altas Cortes, de tal manera que no es extensivo a otros regímenes.

A su juicio, cambiar el argumento consolidado por la jurisprudencia reiterada en relación como debe calcularse el IBL de pensión de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, escudándose en la aplicación de una regla universal para liquidar las pensiones, no es una materialización del derecho a la igualdad sino que por el contrario, es una violación al postulado del artículo 13 de la Constitución Política.

También considera que se atenta contra el principio de la “confianza legítima” que tiene relación con el derecho al debido proceso, pues que no es viable que existiendo una regla establecida en relación con la reliquidación de las pensiones de los empleados públicos en régimen de transición, de manera abrupta y ya interpuesta la demanda ante los funcionarios judiciales, de un momento a otro no se acojan las reglas existentes y se traigan pronunciamientos judiciales que no guardan identidad fáctica.

Frente a la sentencia SU-230 de 2015, dijo que esta era aplicable circunstancias fácticas similares a las estudiadas allí, esto es, la de trabajadores oficiales, figura

que guarda grandes diferencias con la de empleado público, además, que este pronunciamiento disminuye el nivel de protección ya alcanzado sobre los derechos de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición pensional a través de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

4. Trámite impartido e intervenciones

4.1. Por auto del 22 de septiembre de 2016, se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Nariño con el fin de que ejerciera su derecho de defensa, y se dispuso vincular al Juzgado Octavo Administrativo de Pasto, a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales “UGPP” y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl.55).

4.2. La **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales “UGPP”**, por intermedio del Subdirector Jurídico Pensional, manifestó que para el caso del accionante, deben ser tenidos en cuenta los factores salariales indicados en la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, que no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización, sino lo que están taxativamente señalados en las normas.

Dijo que no es posible que el accionante pretenda cuestionar las decisiones adoptadas por el juez natural ya que esto conllevaría a que la acción de tutela se convirtiera en una tercera instancia y que, de manera excepcional tampoco resulta procedente, al no acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, que la sentencia del tribunal se ajustó al ordenamiento legal y al precedente jurisprudencial que regula el tema.

4.3. El **Tribunal Administrativo de Nariño**, por intermedio del magistrado ponente de la decisión que se cuestiona, indicó que se había hecho un análisis exhaustivo del proceso y de las pruebas debidamente incorporadas al expediente, lo que permitió concluir que efectivamente, no estaba desvirtuado de forma plena la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Sin embargo, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales **es excepcional**. Por esto, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos generales¹ y especiales² que deben cumplirse de forma estricta. Si no se cumplen todos los requisitos generales y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales la acción no será procedente.

El análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso. En consecuencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial objeto de la acción.

3. Caso concreto

3.1. Corresponde a la Sala determinar si el Tribunal Administrativo de Nariño, incurrió en defecto por desconocimiento del precedente, al haber dado aplicación a la sentencia C-258 de 2013 al caso del accionante José Alberto Benavides Botina, y no la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sala Plena

¹ Los **requisitos generales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; y v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

² Los **requisitos especiales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el IBL para liquidar la pensión de vejez reconocida al actor.

3.2. Se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, motivo por el cual es procedente analizar de fondo de la cuestión jurídica planteada, para establecer si se incurrió en el supuesto defecto que expone la parte actora.

3.3. Cuestión previa en relación con el precedente jurisprudencial que aplicó el tribunal accionado.

Previo a entrar a establecer el presunto desconocimiento del precedente jurisprudencial como lo propone la parte actora, es necesario hacer la siguiente precisión de orden conceptual:

Revisados los motivos expuestos por el Tribunal Administrativo de Nariño, se advierte que allí se hizo referencia a la aplicación de la sentencia C- 258 de 2013, sin embargo, de acuerdo con los argumentos expuestos en la decisión que se cuestiona, es posible establecer que realmente se aplicó la regla dispuesta en la sentencia de unificación SU-230 de 2015, en la que la Corte Constitucional dispuso para todos los regímenes de transición, que las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 aplicaban solo en cuanto a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo, pero no para establecer el ingreso base de liquidación (IBL).

De esta forma, al insistir el tribunal accionado que, no era posible la inclusión de factores salariales por no estar probado que sobre estos se hubieran hecho los respectivos aportes, la Sala abordará el estudio en relación con el citado pronunciamiento de unificación.

Además, porque la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 se circunscribió al régimen especial de los congresistas, conforme al artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 en lo que tiene que ver con el reconocimiento pensional de dichos servidores, y fue claro en establecer en su parte resolutive, que las consideraciones hechas en relación a las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) solo eran aplicables a los beneficiarios de ese régimen especial.

3.4. En el caso concreto, se advierte que al accionante le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 37357 del 30 de septiembre de

1993, con efectividad a partir del 1º de enero de 1993 y que el estatus de pensionado lo adquirió el 12 de noviembre de 1992, cuando cumplió 55 años de edad³.

Por considerar que no habían sido incluidos todos los factores devengados el último año de servicio, solicitó a la UGPP se reliquidara su pensión con la inclusión de los mismos, lo cual fue atendido de manera desfavorable por la entidad mediante la Resolución No. RDP 004510 del 26 de junio de 2012, confirmada por la Resolución No. RDP 013738 del 30 de octubre de 2012.

Ante la negativa por parte de la UGPP de reliquidar su pensión con la inclusión de todos los factores salariales, demandó a dicha entidad, con el fin de que se hiciera la liquidación, con la inclusión de los factores devengados y que estaban debidamente certificados, a lo cual se accedió por parte del Juzgado Octavo Administrativo de Pasto, por considerarlo procedente a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación y de acuerdo con el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1995 que le eran aplicables, decisión que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Pasto, con el argumento de que al no haber prueba de haberse cotizado sobre dichos factores, no era posible su reconocimiento, citando como soporte de su afirmación la sentencia C-258 de 2013.

3.5. El precedente como fuente formal de derecho. Su vigencia en el tiempo -aplicación de la sentencia SU-230 de 2015-

3.5.1. Ha sido una constante en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sus sentencias, tanto de constitucionalidad como de revisión de tutela *-con mayor razón las sentencias denominadas sentencias "SU"*⁴- son verdaderas fuentes formales de derecho.

Ha dicho la Corte, que cuando fija el alcance de una norma constitucional en el caso del control abstracto de constitucionalidad, o establece el alcance de un derecho constitucional fundamental en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, esas decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por consiguiente, vinculan a todas las autoridades, incluidos los Jueces de República

³ Información obtenida de la Resolución RPD 004510 del 26 de junio de 2012 (fl. 108 vuelto).

⁴ Sentencias de Unificación.

Así, entre otras, pueden citarse las sentencias C-539 y C-634 de 2011, por mencionar dos de tantas. En esta última, se sostuvo que “Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional,...” (Subrayas y resaltado ajenos al texto citado)

Esa categoría de fuente formal del derecho, en nuestro ordenamiento, supera a juicio de la Sala, lo que se ha entendido tradicionalmente como precedente, no solo porque el monopolio de la creación de normas generales no se centra en el legislativo o el ejecutivo, sino también por la fuerza vinculante de esas categorías de sentencias –de constitucionalidad o de revisión–, que bien pueden equipararse a la ley, ya porque se fija su correcto sentido o alcance por el Tribunal Constitucional, ora porque el legislador le ha dado tal calidad, como sucede con las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Nuestra Corte Constitucional ha señalado que cuando en el artículo 230 Superior dice que los jueces solo se encuentran “*sometidos al imperio de la ley*”, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que debe interpretarse la palabra ley en sentido amplio, “*como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los precedentes judiciales*”⁵.

Por esto, “*la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional*”⁶.

3.5.2. Si esas sentencias se reputan fuente formal, la aplicación o vigencia en el tiempo del precedente judicial, debe obedecer a unas reglas que consulten el principio de seguridad jurídica, y de manera semejante a la ley la prohibición general de irretroactividad de sus efectos.

⁵ Cfr. Sentencia C-836 de 2001.

⁶ Sentencia T-292 de 2006.

Todo, porque no se puede olvidar que si bien es cierto que el derecho se informa en valores, no es menos cierto que este el derecho- se origina o nace del “*impulso de una urgencia de seguridad*”, de “*seguridad en la vida social*”⁷.

Por eso, la vigencia de las reglas o enunciados jurídicos en el tiempo tiene que fundarse en el principio de la seguridad jurídica, porque la existencia de normas, sea cual fuere su naturaleza, ciertas y seguras, no solo realizan este valor, sino que son presupuesto indispensable para la realización de otros superiores como la justicia.

En esas condiciones, la vigencia o aplicación de las sentencias de constitucionalidad, por vía del control abstracto, verdaderas reglas jurídicas, según lo dispone nuestro Tribunal Constitucional, debe ser hacia el futuro, conforme lo contempla el art.45 de la Ley 270 de 1996⁸.

Y esa misma conclusión puede predicarse de las sentencias de revisión de tutelas, más cuando se tratan de unificación, en la medida en que estas últimas establecen o varían un precedente interpretativo, que son verdadero enunciado jurídico y propiamente una regla de derecho, dada su connotación de fuente formal de derecho.

Y si a esto se agrega el derecho al debido proceso, no puede perderse de vista que la aplicación de la norma general -como lo es la regla que se fija en ese tipo de sentencias- a situaciones particulares y concretas, debe regir para aquellas situaciones futuras o pendientes, pero nunca para las definidas con anterioridad a la regla, esto es, no puede afectar las situaciones jurídicas definidas o consolidadas.

3.6. No existe contradicción entre el pronunciamiento de unificación de la Corte Constitucional –Sentencia SU-230 de 2015– y la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en cuanto al ingreso base de liquidación.

⁷ Luis Recasens Siches, “*Filosofía del Derecho*”, Buenos Aires, Ed. Porrúa, 1995, pág.220.

⁸ “**ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.** Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

3.6.1. Advierte la Sala que revisados los dos precedentes, no existe contradicción en cuanto al ingreso base sobre el cual se debe hacer la respectiva liquidación pensional.

Recapitulando, se advierte que con la Sentencia SU-230 de 2015 la regla jurisprudencial que estaba vigente sobre el tema sufre un viraje, ya que señala que el IBL no es un elemento del régimen de transición, de suerte que para su cálculo no será el promedio del último año, sino de los últimos diez (10) años en los términos de la ley 100 de 1993.

Pero además, la sentencia SU-230 de 2015 fija otra regla y es **que debe liquidarse la pensión sobre la base de lo cotizado y no de lo devengado.**

Por su parte, el Consejo de Estado en su posición señala que si bien prescribe que debe tomarse lo devengado en el último año -concepto distinto a lo cotizado-, lo cierto es que también dispone que se hagan las deducciones para cotizaciones sobre los factores salariales incluidos, lo que en el fondo permite afirmar que en esto no hay cambio.

De esta forma, únicamente existe contradicción de la regla señalada en la sentencia SU-230 de 2015 con relación a la línea jurisprudencial anterior, en cuanto al tiempo que debe asumirse para establecer el IBL, pero no en lo que se refiere a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el IBL para reconocer pensiones de jubilación bajo la Ley 33 de 1985.

3.6.2. En el presente caso, lo que está en discusión es que los factores que se devengaron por el actor debían ser tenidos en cuenta al haber sido reconocidos como contraprestación directa del servicio independientemente de que sobre ellos se hubieran efectuado los respectivos aportes, que es la razón que llevó al tribunal accionado a negar las pretensiones de la demanda.

Entonces, en ese orden de ideas, el tribunal sí incurrió en desconocimiento de la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión de la parte actora, pues al no existir en el fondo contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores, no procedía argumentar por parte del Tribunal para revocar la decisión de primera

instancia y negar las pretensiones de la demanda ordinaria, que no era posible tener en cuenta factores devengados por no haberse probado que sobre ellas se hubiera cotizado.

En situaciones como la del señor José Alberto Benavides Botina, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los cuales no se hubiere cotizado en el último año de servicio, se descuenta o retenga los montos de cotización sobre esos factores.

4. Por las razones que han quedado expuestas, la Sala amparará los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social del señor José Alberto Benavides Botina. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de segunda instancia del 5 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. En su lugar se ordenara que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente decisión, profiera una nueva sentencia, en la que tenga en cuenta el precedente judicial contenido en el fallo de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **AMPÁRANSE** los derechos fundamentales del actor JOSÉ ALBERTO BENAVIDES BOTINA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. **DÉJASE** sin efectos la sentencia de segunda instancia del 5 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, de conformidad con lo expuesto. En consecuencia, **ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Nariño, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente decisión, profiera una nueva sentencia, en la que tenga en cuenta el precedente

judicial contenido en el fallo de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

3. **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

4. De no ser impugnada la presente providencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ