



248

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01963-01

Actora: MARÍA CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER

Demandados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A Y OTRO

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial. IBL – Régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Reiteración.¹

Decide la Sala la impugnación presentada por la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante **COLPENSIONES**) en contra del fallo de 13 de diciembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de la parte accionante.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Con escrito radicado el 2 de agosto de 2017,² por el apoderado judicial de la señora **MARÍA CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER**, presentó acción de tutela en contra el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la favorabilidad en materia laboral, a los derechos adquiridos, al mínimo vital, a la seguridad social, al principio de la

¹ Sobre la materia se pueden consultar los siguientes fallos de tutela de esta Sección, durante el presente año: **Marzo 1**, radicado No. 11001-03-15-000-2017-02976-00, actor: Rafael Augusto Rueda Gutiérrez, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio. **Febrero 22**, expediente No. 11001-03-15-000-2017-00878-01, demandante: Luis Héctor Rodríguez Muñoz, C. P. Alberto Yepes Barreiro.

² Fls. 1 – 35. Poder, fl. 36.



inescindibilidad de la ley y a la seguridad jurídica, los cuales consideró transgredidos por cuenta de las decisiones dictadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 11001-33-35-013-2013-00188, que negaron la pretensión de reliquidación pensional elevada.

2. Hechos

La petición de amparo se fundamentó en los siguientes supuestos fácticos que la Sala sintetiza, así:

2.1. La tutelante, mediante apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de COLPENSIONES, en la que solicitó la anulación de los actos, por medio de los que negó la reliquidación de su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó, durante el último de año de servicios.

2.2. El Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el 18 diciembre de 2015,³ y la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con sentencia del 2 de febrero de 2017,⁴ negaron las pretensiones del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2013-00188, al encontrar ajustados a derecho los actos administrativos acusados, en cuanto a que en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional en los términos pretendidos, toda vez que ello debe realizarse según las prescripciones establecidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, sobre el tema, entre otras, en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

3. Fundamentos de la acción

Alegó que las decisiones tomadas por las autoridades judiciales accionadas, en primera y segunda instancia del proceso ordinario, desconocieron el precedente fijado por la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto

³ Fls. 38 – 57.

⁴ Fls. 58 – 73.



244

del 2010 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2006-0750-01,
Magistrado Ponente, Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Pretensiones

La parte accionante elevó las siguientes pretensiones:

«1. AMPARAR los derechos ADQUIRIDOS, EXPECTATIVAS LEGITIMAS {sic} FAVORABILIDAD LABORAL, IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY Y SEGURIDAD JURÍDICA de la Señor (a) MARIA {sic} CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER.

2. ORDENAR al JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ {sic} D.C. Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A", en {sic} amparo a los derechos enunciados, revocar la sentencia proferida el 02 de Febrero de 2017, que revocó la sentencia de primera instancia mediante la cual se había accedido {sic} a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia se ordene la reliquidación de la pensión de mi asistida incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio».

5. Trámite de instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con auto del 4 de agosto de 2017 admitió la acción de tutela y ordenó notificar como demandados al Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y a los Magistrados de la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.⁵

Por otro lado, ordenó vincular por tener interés en las resultados del proceso a COLPENSIONES, por haber actuado como demandada en el proceso ordinario.

Remitidas las comunicaciones del caso, se dieron las siguientes intervenciones:⁶

6. El Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

La autoridad judicial que profirió el fallo de primera instancia dentro del proceso ordinario, manifestó que no vulneró derecho alguno, toda

⁵ Fl. 78.

⁶ Fls. 79 – 87.



vez que la decisión está ajustada a derecho, pues aplicó el precedente obligatorio de la Corte Constitucional sobre la materia.⁷

7. La Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Al contestar la tutela solicitó se nieguen las peticiones de la presente acción, al evidenciarse que no se configuró una violación de derechos fundamentales, toda vez que la sentencia cuestionada se fundamentó en la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición, la que constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna, que se enmarca en el seguimiento de la sentencia C-258 de 2013, pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definió la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiterado en la SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.⁸

8. La Administradora Colombiana de Pensiones

El Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de la COLPENSIONES, solicitó declarar la improcedencia de la acción, por cuanto no se ha materializado ninguna «*vía de hecho*» o vulneración de derechos fundamentales, por parte de las autoridades judiciales cuestionadas.⁹

Lo anterior, por cuanto las providencias proferidas por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca hicieron un estudio profundo y se encuentran acorde con la normativa aplicable al caso concreto, toda vez que en su criterio, debe prevalecer el precedente proferido por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-230 del 2015 y la C-258 del 2013.

9. Impedimentos

Los Consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto¹⁰ y Julio Roberto Piza Rodríguez¹¹ presentaron escritos en los que indicaron estar

⁷ Fl. 89.

⁸ Fls. 90 – 92.

⁹ Fls. 93 – 98.

¹⁰ Fl. 142.

¹¹ Fl. 145.



incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que en el asunto de tutela de la referencia el debate constitucional gravita en el estudio de las decisiones judiciales que abordaron lo relativo a la aplicación del IBL con base en el principio de inescindibilidad, o atendiendo las reglas sobre el entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la que acudió la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015 e indicaron ser beneficiarios del régimen de transición.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró fundados los impedimentos expresados, con auto del 2 de noviembre de 2017.¹²

En la Secretaría de dicha Sección se realizó el sorteo del respectivo conjuer, quien tomó posesión del encargo.¹³

10. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta de esta Corporación, con sentencia del 13 de diciembre de 2017, **amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad** de la parte actora y, en consecuencia, dejó sin efectos la decisión del 2 de febrero de 2017, proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y le ordenó que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta decisión, emitiera nueva sentencia que tenga en cuenta el precedente judicial del Consejo de Estado, contenido en el fallo de 4 de agosto de 2010 (exp. 0112-09).¹⁴

Para arribar a lo anterior, manifestó que en el *sub lite*, con las pruebas aportadas al proceso, se tiene que a la señora **MARÍA CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER** se le reconoció el derecho pensional, el 17 de abril de 2012, mediante Resolución No. 13324.

El juez de tutela de primera instancia evidenció que el derecho de la actora a percibir la pensión de vejez fue adquirido con antelación a que se profiriera la sentencia SU-230 de 2015, por lo tanto, como lo sostuvo la Corte Constitucional, no es viable su aplicación de manera retroactiva.

Aunado a ello, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho

¹² Fls. 146 – 147.

¹³ Fls. 157 -160.

¹⁴ Fls. 186 – 202.



se admitió el 31 de julio de 2013, lo que significa que las reclamaciones judiciales se hicieron antes de la publicación de la sentencia SU-230 de 2015, es decir, cuando la demandante acudió a la jurisdicción, tenían la expectativa legítima de que les asistía el derecho al IBL con el régimen anterior.

Ahora, si bien para el 2 de febrero de 2017, fecha en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, profirió la sentencia de segunda instancia cuestionada, ya existía el precedente judicial de la SU-230 de 2015, lo cierto es que la aplicación en ese caso concreto significó defraudar la confianza legítima de la demandante, quien acudió a reclamar un derecho pensional con la expectativa que la propia jurisprudencia le creó. Se insiste, la sentencia SU-230 de 2015 únicamente se aplica para las controversias que se promuevan después de la expedición de esa sentencia.

En consecuencia, a criterio de la Sección Cuarta, el precedente judicial adoptado en la SU-230 de 2015 no resultaba aplicable en el proceso promovido por la señora **ORTIZ SOLER** contra COLPENSIONES, so pena de defraudar las expectativas legítimas de la pensionada.

10.1. Notificación del fallo

La anterior decisión a las partes mediante correos electrónicos enviados el 17 de enero de 2018.¹⁵

Es decir, los 3 días para impugnar en término, de conformidad con el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991, corrieron hasta el día 22 de ese mes y año.

11. Impugnaciones

11.1. La Administradora Colombiana de Pensiones

El Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de la COLPENSIONES, presentó impugnación el 22 de enero de 2018.¹⁶

¹⁵ Fls. 203 – 208.

¹⁶ Fls. 213 – 220. Original fls. 221 – 228.



251

Alegó que conforme a lo establecido por la Corte Constitucional en la SU-230 del 2015, los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de los últimos 10 años serán los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, «*con base en el anterior argumento jurisprudencial me permito solicitar despache desfavorablemente las pretensiones de la parte accionante, en el entendido de que lo buscado es a todas luces contrario a la norma e inconstitucional de acuerdo al estudio efectuado por la Corte...*».

Argumentó que el precedente proferido por el máximo Tribunal Constitucional tiene un carácter «*vinculante, preferente y obligatorio*», y ante la contradicción entre el proferido por la Corte Constitucional y una alta corte siempre debe primar el constitucional.

Manifestó que en el presente asunto existe cosa juzgada, toda vez que la decisión censurada mediante el asunto de autos fue decidida por el juez competente, pretendiendo la actora convertir la acción de amparo en una tercera instancia del debate ordinario.

Reiteró que en el caso bajo estudio el Tribunal accionado se encontraba en la obligación de acatar el precedente establecido por en la C-258 de 2013, SU-230 del 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210 y SU-395 de 2017, como en efecto ocurrió, toda vez que este prevalece por sobre el proferido por el Consejo de Estado en la sentencia del 2010.

11.2. La Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Radicó el escrito de impugnación el **2 de febrero del año en curso**.¹⁷ En vista que el mismo fue presentado por fuera del término establecido para tal efecto, la Sala no hará pronunciamiento alguno sobre los argumentos allí plasmados.

II CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de las impugnaciones presentadas, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991.

¹⁷ Fls. 235 – 238.



2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción de tutela, las intervenciones durante su trámite y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Superado lo anterior.
- ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación por COLPENSIONES.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,¹⁸ venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁹ **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 desemejantes sobre el tema.²⁰

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar

¹⁸ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y otro.

¹⁹ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.



expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²¹

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».²² Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

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»**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,²³ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 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

²¹ 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».

²² Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política 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.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁴ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

²⁴ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Estudio de fondo

Lo primero que resulta necesario precisar, es que si bien la Consejera ponente de la presente tutela, en anteriores ocasiones se apartó del criterio acogido por esta Sala de Decisión para efectos de determinar cuándo se debía aplicar el precedente de la Corte Constitucional sobre el debate relacionado con el ingreso base de liquidación (IBL), lo cierto es que modificará su posición acorde al criterio mayoritario de la Sección y a partir de lo reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 del 2017.²⁵

Ahora bien, se tiene que el apoderado de la señora **MARÍA CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER** adujo que la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá incurrieron en sus decisiones cuestionadas en desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación el 4 de agosto de 2010 (exp. 0112-09).

En sí, el reproche formulado por la actora radica en que las autoridades judiciales cuestionadas no accedieron a la pretensión –reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio–, expuesta en la demanda de nulidad y restablecimiento que promovió en contra de COLPENSIONES, por dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, en las cuales se le da un alcance diferente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece el régimen de transición.

Sobre el particular, se observa que el Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá sostuvo en su providencia del 18 de diciembre de 2015 que no accedía a las pretensiones formuladas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho,

²⁵ Publicada el 6 de febrero de 2018.



al concluir que el acto administrativo objeto de debate se ajustaba a la legalidad, en los siguientes términos:²⁶

«Está acreditado que en la Resolución N° 13324 del 17 de abril de 2012, la entidad demandada al reconocer la pensión de jubilación de la demandante MARIA CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER, tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985, en aplicación del régimen de transición consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando como tasa de reemplazo el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

De lo anterior, surge evidente que al haber adquirido el status jurídico de pensionada el 20 de octubre de 2011, el tiempo que le debía tener en cuenta para calcular el monto de la prestación pensional de la demandante, era el establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, los últimos diez años anteriores a la adquisición del status de pensionada, como efectivamente lo hizo la entidad demandada en la referida Resolución No 13324 del 17 de abril de 2012.

Así mismo, respecto a los factores salariales reclamados, surge evidente que la negativa tácita de la entidad demandada obedece a que solo pueden ser tenidos en cuenta los consagrados por el Decreto 1158 de 1994, como factores para calcular el ingreso base de cotización del IBL, por lo que se concluye que para calcular el ingreso base de cotización del IBL, por lo que se concluye que en efecto la entidad accionada dio aplicación a lo establecido inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual, teniendo en cuenta el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, es la forma correcta de liquidar las pensiones amparadas por el régimen de transición establecido en el sistema general de pensiones vigente, como es el caso de la demandante.

Así las cosas, se concluye que los actos administrativos acusados, no son violatorios del orden constitucional ni legal y, por ende, se hallan ajustados a la normatividad vigente, gozando de presunción de legalidad».

A su vez, la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al confirmar la anterior decisión, en providencia del 2 de febrero de 2017, manifestó:²⁷

«4. **Caso concreto.** Tal como se ha podido vislumbrar en el presente caso, se encuentra establecido que la parte demandante nació el 20 de octubre de 1956 y laboró al servicio del Estado del 12 de febrero de 1979 al 3 de octubre de 2001, por lo que al 30 de junio de 1995, fecha en la cual entró en vigencia el sistema de la Ley 100 de 1993, la parte demandante tenía más de 35 años de edad y 15 años de servicio, resultando entonces sin lugar a dudas cobijada por las prerrogativas del régimen de transición a que alude la Ley 100 de 1993, al acreditar los dos supuestos a que refiere la ley. Lo anterior conlleva a que a la parte demandante se le debe aplicar la

²⁶ Fls. 38 – 57.

²⁷ Fls. 58 – 73.



250

normativa anterior a la Ley 100 de 1993, que para el caso no es otra que la Ley 33 de 1985.

(...)

Y finalmente se tiene que la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU427 {sic} del 11 de agosto de 2016 reiteró que 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, y que 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.

5. Conclusión. Siendo así las cosas, hay lugar a confirmar la sentencia proferida en primera instancia, ya que la pensión de la parte demandante debe liquidarse en los términos de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que el ingreso base de liquidación es un aspecto excluido del régimen de transición, en razón del precedente fijado por la Corte Constitucional». ²⁸

De entrada, la Sala advierte que se revocará el fallo impugnado y, en su lugar, negará el amparo solicitado por la parte actora, en la medida en que no se vislumbra la configuración del yerro invocado. Esto, debido a que las autoridades judiciales tuteladas aplicaron el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, que fue reiterado en las providencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y **SU-395 de 2017**, cuya posición prima frente a las de las demás Altas Cortes, por las siguientes razones:

Cabe recordar que frente a la controversia originada por la aplicación de la normativa relacionada con la fijación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición, 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 tema, ²⁹ 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.

²⁸ Negrilla del texto original.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado No. 33343, sentencia de 17 de octubre de 2008, MP. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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.

(...)

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 2010,³⁰ señaló:

«i) 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

³⁰ Sección Segunda del Consejo de Estado, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000-23-25-000-2006-07509-01, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



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.
(...).”*

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...

(...)

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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...».³¹

³¹ Negrilla del original.



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}*». ³²

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:

«4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación

La Corte declarará la inexecutable de la expresión “*durante el último año*”, contenida en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Además, teniendo en cuenta que, de un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión referida creará un vacío en materia de regla de Ingreso Base de Liquidación, y de otro, tal vacío puede conducir a una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría entonces de forma absoluta el derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio, la Sala, por medio de un condicionamiento, debe establecer un criterio compatible con la Constitución dentro del respeto al margen de configuración del Legislador.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de diciembre de 2009, radicado No. 34863, MP. Gustavo José Gnecco Mendoza.



Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: **(i)** para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería **(a)** “*el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta*” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o **(b)** el promedio de lo “*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*”. **(ii)** En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibídem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

“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.

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.”

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». ³³

³³ Negrilla del original.



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. 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 inexecutable 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 1993.³⁴

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

«**2.6.2.** Sin embargo, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia **C-258 de 2013**³⁵ fijó el precedente que debe ser aplicado al caso que se estudia, en cuanto a la interpretación otorgada sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales.

...

Con fundamento en estas razones, la Sala Plena de la Corte declaró inexecutable la expresión “*durante el último año*” y estableció que el IBL aplicable debía ser el dispuesto en el régimen general del artículo 36 de la Ley 100. Es necesario advertir en este punto que, a diferencia de la jurisprudencia vigente de las Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional sobre la aplicación inescindible de los regímenes especiales, incluyendo las condiciones del IBL, esta providencia declara la inexecutable de la norma especial y ordena remitirse al régimen general de pensiones. Esto se encuentra suficientemente justificado en la medida en que, para la Sala, al igual que ocurre con las reglas de Ingreso Base de Liquidación, factores y beneficiarios, la expresión aludida (i) vulnera el principio de igualdad en tanto conduce a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas; e (ii) impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.

...

3.2.2.1. Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de

³⁴ Al efecto ver Sentencia T-078/14, CP. Dr. Mauricio González Cuervo.

³⁵ «M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub».



257

2013³⁶ se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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.

...

3.2.2.2. Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013³⁷ 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.

...

3.2.2.5. 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.

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“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

³⁶ «M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub».

³⁷ «M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub».



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»³⁸.

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado.

...
3.3. CONCLUSIONES

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

3.3.2. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia».³⁹

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

³⁸ «Ver folio 53 del cuaderno principal».

³⁹ Negrilla del original.



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”*».⁴⁰

Ahora bien, esta Sala, con fundamento en la tesis expuesta en la sentencia T-615 de 2016, consideró en recientes providencias⁴¹ 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:

i) Para resolver el caso concreto, el Despacho sustanciador, que venía apartándose de la posición de dos de los integrantes de la Sala,⁴² reevalúa su postura a la luz del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos y, en consecuencia, rectificará el criterio adoptado en casos similares, no en lo que respecta a la supremacía de las decisiones de la Corte Constitucional, sino frente a las situaciones a las cuales se le debe aplicar el respectivo precedente, pues esto obedece al criterio mayoritario de la Sala.

ii) En la posición que se acogió en otros asuntos, si bien se aceptaba que el precedente obligatorio es el de la Corte Constitucional, lo cierto es que se condicionó su aplicación a que el derecho pensional **se causara después de proferida la sentencia de unificación SU-**

⁴⁰ Cursiva del original.

⁴¹ Frente a las cuales la ponente de esta sentencia salvó el voto.

⁴² Ver por ejemplo la sentencia del 25 de enero de 2018, expediente No. 11001-03-15-000-2017-02585-00, accionante: Patricia Eugenia Villota Valencia; C. P. Alberto Yepes Barreiro.



230 de 2015, lo cual, implicaba que en la práctica el precedente de la Corte no sea aplicable.

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**.

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 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 de 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.

iii) En la reciente sentencia **SU-395 de 2017**, la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Luis Guillermo Pérez, consideró:

«8.17. Vistas así las cosas, 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. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.



259

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que *“lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones”*.

8.19. Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁴³ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁴. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo⁴⁵».⁴⁶

En concordancia con las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en las providencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, 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

⁴³ «Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013».

⁴⁴ «En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002».

⁴⁵ «Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”»

⁴⁶ Cursiva del original.



cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21).

Así las cosas, se encuentra 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 al asunto *sub judice*, 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.**

La situación descrita permite a la Sala, como lo anticipó, revocar el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y en lugar **negar** el amparo solicitado por la señora **MARÍA CONCEPCIÓN ORTIZ SOLER**, comoquiera que las autoridades judiciales cuestionadas no incurrieron en el defecto por desconocimiento del precedente judicial, por lo que no se evidencia vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados, teniendo en cuenta que precisamente adoptaron las decisiones objeto de reproche con sustento en el criterio del Alto Tribunal Constitucional referido anteriormente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, el 13 de diciembre de 2017 que amparó los



derechos fundamentales de la parte accionante y, en su lugar, negarlo.

SEGUNDO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

