

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02121-01

Accionante: DANIEL ALFONSO ROJAS SALAMANCA

**Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN
SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Asunto: Fallo de segunda instancia- Tutela contra providencia judicial

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por la parte actora contra la sentencia de 13 de diciembre de 2017¹, por medio de la cual el Consejo de Estado – Sección Cuarta negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca, actuando por medio de apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, de acceso a la administración de justicia y a los principios de buena fe y confianza legítima.

Consideró vulnerados tales derechos con ocasión de la sentencia de segunda instancia de 11 de mayo de 2017, proferida por la mencionada autoridad judicial, que revocó la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Administrativo de Zipaquirá de 22 de septiembre de 2016 y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el actor en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, bajo el radicado No. 25899-33-34-003-2016-00080-01.

¹ Folios 135 a 140.



1.2. Hechos

El actor sustentó la solicitud de amparo en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- Mediante la Resolución No. 005579 del 17 de marzo de 2004, al señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca le fue reconocida pensión de jubilación.
- El 28 de abril de 2015, el señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca, presentó solicitud ante Colpensiones, con el fin de que fuera reliquidada la pensión de jubilación teniendo en cuenta el salario base del último año de servicio y todos los factores salariales a partir de la fecha de retiro, la cual fue negada mediante la Resolución No. GNR 11036 del 15 de enero de 2016.
- Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. VPB 8754 del 22 de febrero de 2016, en la que se revocó el acto cuestionado y, en su lugar, se dispuso la reliquidación de lá pensión de vejez del tutelante, con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años.
- El señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el propósito de que se declarara la nulidad de la Resolución No. VPB 8754 del 22 de febrero de 2016 y, como consecuencia de lo anterior, se ordenara la reliquidación pensional conforme a la Ley 33 de 1985 y sus decretos reglamentarios, esto es, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales.
- El Juzgado Tercero Administrativo de Zipaquirá, en audiencia inicial llevada a cabo el 22 de septiembre de 2016, luego de agotadas las correspondientes etapas, emitió decisión de fondo en la que accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que i) el accionante era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que permitía dar aplicación a las Leyes 33 y 62 de 1985 y ii) que de acuerdo con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010



de la Sección Segunda del Consejo de Estado, esta debía ser con la totalidad de factores devengados durante el último año de servicio y que en caso de que no se hubiera efectuado el aporte, era viable ordenar su descuento.

- En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, mediante providencia del 11 de mayo de 2017, revocó la decisión del juzgado y en su lugar, negó las pretensiones de la demanda al acoger el precedente de la Corte Constitucional, concretamente las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora, la autoridad accionada incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial, concretamente de las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010² y del 25 de febrero de 2016³.

Explicó que el tribunal accionado, en forma equivocada, dio aplicación a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, desconociendo los precedentes del Consejo de Estado y aplicando de forma retroactiva otras providencias. Frente a esto último, precisó que de conformidad con la sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, las sentencias C-258 del 7 de mayo de 2013 y la SU-230 del 29 de abril de 2015, no pueden ser aplicadas de manera retroactiva, por lo que debe ser tenida en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional para su debida aplicación.

Por lo anterior, sostuvo que consolidó su status pensional el 21 de enero de 2001, fecha en la que no se habían proferido ni publicado las sentencias de la Corte Constitucional aludidas. Finalmente, citó una sentencia de la Sección Quinta de esta Corporación que en un caso idéntico, resolvió revocar la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño, con el argumento de que las sentencias no pueden ser aplicadas en forma retroactiva y que debe tenerse en cuenta para su aplicación la fecha en la cual se adquirió el status pensional.

1.4. Pretensiones

² Expediente 2006-7509. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³ Expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). M.P. Gerardo Arenas Monsalve.



Presentó las siguientes:

“1. Conceder el amparo de los derechos fundamentales a LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA, A LA IGUALDAD, AL MÍNIMO VITAL, AL PAGO OPORTUNO DE LAS PENSIONES LEGALES, A LA DIGNIDAD HUMANA, AL DEBIDO PROCESO, AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, AL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA y a la BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA, del señor DANIEL ALFONSO ROJAS SALAMANCA, en consecuencia dejar sin efecto la sentencia de fecha 11 de mayo de 2017, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, dentro del proceso No. 25899-33-34-003-2016-00080-01, ordenando proferir una nueva sentencia de segunda instancia, en la cual se tenga en cuenta, los lineamientos jurisprudenciales trazados por el órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa.

2. Conminar al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, para que en lo sucesivo y para los casos de idéntica situación fáctica como el caso sub examine, continúe aplicando el precedente judicial del Consejo de Estado”⁴.

1.5. Trámite

Con providencia de 24 de agosto de 2017⁵, la Sección Cuarta admitió la solicitud de amparo, ordenó notificar a la autoridad judicial accionada y dispuso vincular al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Zipaquirá y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, como terceros con interés.

1.6. Contestaciones

Remitidos los oficios correspondientes, intervinieron las siguientes autoridades:

1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A”⁶

Manifestó que lo resuelto en el fallo cuestionado corresponde al criterio que ha sostenido la Corte Constitucional, quien por vía de precedente

⁴ Folios 92 y 93.

⁵ Folio 96.

⁶ Folios 103 a 106.



aclaró que son tres los parámetros a tener en cuenta al momento del reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, estos son: la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la misma, siempre que estén dentro del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993; mientras que el IBL debe atender a las prescripciones establecidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Concluyó que en la sentencia están explicadas las razones por las que la Sala se apartó de la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, entre otras, que ante la existencia de dos precedentes, lo procedente es aplicar el de la Corte Constitucional, dados sus efectos *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional.

1.6.2. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones⁷

Señaló que el tribunal al acoger los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional, estableció que Colpensiones había actuado en derecho. Asimismo, sostuvo que se dio correcta aplicación a las normas aplicables al caso concreto, que fueron tenidas en cuenta las pruebas aportadas y que estas determinaron que no era procedente la reliquidación de la mesada pensional del accionante con el IBL del último año.

1.6.3. El Juzgado Tercero Administrativo de Zipaquirá pese a haber sido debidamente notificado⁸, no se pronunció.

1.7. Sentencia de primera instancia

El Consejo de Estado – Sección Cuarta, mediante sentencia de 13 de diciembre de 2017⁹, negó el amparo solicitado al considerar que “para determinar el tiempo para el cálculo del monto de la pensión, debe atenderse a la fecha de presentación de la demanda, ya que si esta fue presentada antes de que fuera emitido el pronunciamiento de la Corte Constitucional –Sentencia SU-230 de 2015–, existe una situación que debe respetarse, por ser anterior a la nueva regla que sería fuente formal de derecho en estricto sentido”.

⁷ Folios 109 a 112.

⁸ Folio 102.

⁹ Folios 135 a 140.



En ese sentido, adujo que teniendo en cuenta que el señor Rojas Salamanca presentó su demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el 1º de abril de 2016, es decir con posterioridad a la publicación de la sentencia SU-230 de 2015 (el 6 de julio de 2015), es claro que para la fecha de interposición de la acción, este pronunciamiento del alto tribunal debía ser conocido por la parte actora y en ese orden de ideas, era viable que su situación fuera revisada a la luz de esta nueva posición jurisprudencial.

En cuanto al argumento del tutelante relacionado con lo establecido por la sentencia T-615 de 2016, precisó que esta fue anulada por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto No. 229 del 10 de mayo de 2017, razón por la cual no resulta ser un precedente aplicable en la actualidad.

1.8. Impugnación

Mediante escrito radicado el 17 de enero de 2017¹⁰ la parte accionante impugnó la sentencia de primera instancia por considerar que la sentencia SU-230 de 2015 no guarda plena identidad fáctica y jurídica con su caso, por lo que no debió ser aplicada por el tribunal accionado. Para tal efecto, cito la sentencia de 25 de febrero de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 25000234200020130154101.

Reiteró que se está vulnerando el principio de confianza legítima y los derechos adquiridos de los ciudadanos, toda vez que ante las múltiples decisiones en la materia, la persona no sabe que esperar de los órganos judiciales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 y, en

¹⁰ Folio 148 a 156



el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar la providencia de 13 de diciembre de 2017, emanada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el curso de la acción de tutela instaurada por el señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, de acceso a la administración de justicia y a los principios de buena fe y confianza legítima.

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹¹, 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 éstos 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 2012¹² **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 tema¹³.

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

¹¹ 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: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

¹² Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

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



en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁴.

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.**”¹⁵ (Negrilla fuera de texto)*

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 2014¹⁶, 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 fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

¹⁴ 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.

¹⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (I). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



A partir de esa decisión, se dejó 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 amplia¹⁷ 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, la Sección verificará 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, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, 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.

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.

2.4. Caso concreto

¹⁷ 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.



De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, se tiene que el apoderado del señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca adujo que la Sección Segunda – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en su decisión cuestionada en desconocimiento del precedente, concretamente de los fallos de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016, pues prefirió, en forma equivocada, las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo al considerar que para determinar la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015, lo relevante es la fecha en la que se interpuso la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que en el caso *sub examine* al haberse formulado ese medio de control con anterioridad a la publicación de la sentencia de la Corte Constitucional, resultada procedente su aplicación.

En su impugnación el accionante adujo que la sentencia SU-230 de 2015 no guarda plena identidad fáctica y jurídica con su caso, por lo que no debió ser aplicada por el tribunal accionado. Reiteró que se está vulnerando el principio de confianza legítima y los derechos adquiridos de los ciudadanos.

De lo expuesto, esta Sala advierte que el reproche formulado por la parte actora radica en que la autoridad judicial cuestionada no accedió a la pretensión de 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, por dar aplicación a la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, en vez de tomar su decisión con sustento en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Para efectos de resolver el presente asunto constitucional, lo primero que debe abordar la Sección es 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.

2.4.1. 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 tema¹⁸, 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.

(...)

¹⁸ 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 2010,¹⁹ 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

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



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.

(...)

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]²⁰.

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. Su estudio se basó en las normas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, e hizo el

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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 1993²¹.

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 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”.

²¹ Al efecto ver Sentencia T-078/14, CP. Dr. Mauricio González Cuervo.



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 providencias²² 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**.

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.

²² Frente a las cuales el ponente de esta sentencia salvó el voto.



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.

Además, aceptar simetría y no supremacía de las providencias de constitucionalidad y de unificación de la Corte Constitucional con las del Consejo de Estado atenta contra la unidad y coherencia del sistema jurídico y, de contera, contra los principios de seguridad jurídica, igualdad, y por sobre todo, contra los fines funcionales del derecho: a) certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y restricción del poder político²³.

2.4.2. 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

²³ Luis Recasens Siches.



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.**

Por su parte, el señor Rojas Salamanca, se encuentra inmerso 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 salariales²⁴ 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 “A”, 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 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, más no en el ingreso base de liquidación.

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

Así las cosas, se observa que la autoridad judicial no incurrió en defecto alguno al extender los alcances jurídicos de la sentencia C-258 de 2013 a su caso, pues tal providencia, se reitera, **fijó una regla general al**

²⁴ De conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición.

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,

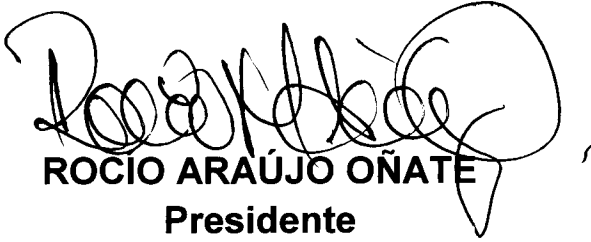
FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de diciembre de 2017 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado por el señor Daniel Alfonso Rojas Salamanca.

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

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente
Aclara voto


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera
Aclara voto



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

**Consejero
Aclara voto**

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

