



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02759-01

Actor: LUZ MARINA SIERRA SÁNCHEZ

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A"**

Asunto: Acción de tutela – Segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por el apoderado de la parte accionante contra el fallo del 1º de febrero del 2018¹, por medio del cual el Consejo de Estado – Sección Cuarta, negó la acción de tutela instaurada por la señora Luz Marina Sierra Sánchez.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Mediante escrito radicado el 19 de octubre del 2017² en la Secretaría General de esta Corporación, la señora Luz Marina Sierra Sánchez, actuando a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

¹ Notificada el 6 de febrero del 2018

² Folio 1



Tales derechos los consideró vulnerados por la autoridad judicial accionada al proferir el fallo del 5 de septiembre del 2017, mediante el cual se revocó la decisión de primera instancia del 27 de marzo del 2017, en el que se había accedido a lo pretendido en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral presentada por la aquí accionante, contra la Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES.

La parte actora solicitó:

"1. Se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad (art. 13), al debido proceso por violación del precedente jurisprudencial vertical, (art. 29) y la seguridad social (art. 48), previstos en la Constitución Política de Colombia de 1991.

2. Se deje sin efectos la sentencia judicial de segunda instancia de fecha 05 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Subsección "A" dentro del proceso 2015-00547-01.

3. Que como consecuencia de lo anterior se le ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un término perentorio a la comunicación de esta decisión, proferir nueva sentencia con la cual de aplicación integral del precedente jurisprudencial vertical previsto en las sentencias de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Honorable Consejo de Estado³."

La parte accionante fundamentó la petición de amparo bajo la siguiente línea argumentativa:

La sentencia cuestionada, a su juicio, incurrió en un *defecto por desconocimiento del precedente* pues dejó de aplicar la postura que el Consejo de Estado consignó en la sentencia del 4 de agosto de 2010⁴, sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ya que esta posición garantiza el derecho a la igualdad de la accionante, toda vez que, la aplicación de una nueva norma desconoce de manera contundente sus pretensiones.

³ Folio 26

⁴ Expediente 2006-7509. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Destacó que el principio de confianza legítima es base fundante del derecho administrativo y tiene estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso, el cual busca que el Estado respete las normas y reglamentos previamente establecidos, de modo que los particulares tengan confianza en los trámites y procedimientos que se deben agotar cuando se acude a la administración.

De otra parte, consideró que se configura el *defecto sustantivo*, dado que se dio una errónea aplicación a los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional -C-258 de 2013 y SU-230 de 2015-, donde se analizan casos distintos al suyo y en este orden de ideas no era dable su aplicación.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Luz Marina Sierra Sánchez, solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 11775 del 15 de enero del 2014 y 40614 del 5 de mayo del 2015, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, le reconoció pensión de jubilación y ordenó su reliquidación, respectivamente.

Lo anterior, por cuanto se debió reliquidar su pensión teniendo en cuenta para su cálculo el 75% de todos los factores salariales recibidos el último año por el trabajador.

- Conoció de la acción en primera instancia el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, que mediante fallo del 27 de marzo del 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar la pensión de vejez en el equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios, teniendo como sustento la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto del 2010.



- Contra la anterior providencia, la parte demandada propuso recurso de apelación en el sentido de indicar que debe dar aplicación al precedente de la Corte Constitucional contenido en la SU- 230 de 2015.
- El recurso presentado fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", que mediante providencia del 5 de septiembre del 2017, revocó la sentencia recurrida.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 30 de octubre del 2017⁵, se admitió la demanda de tutela y se dispuso su notificación a la parte actora y a la autoridad accionada.

Adicionalmente, se ordenó la vinculación en calidad de terceros con interés al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá y a Colpensiones.

De igual manera, solicitó al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, allegar en calidad de préstamo el expediente 11001-33-35-024-2015-00547-00.

3.2. Contestación de la autoridad judicial accionada – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A"

El ponente de la decisión censurada adujo que no se evidencia vulneración de derechos fundamentales ya que la aplicación de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional es un deber de los jueces de la República. Así la SU- 230 de 2015 aclaró que son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, lo que a su vez constituye el régimen de transición *"a saber, la edad*

⁵ Folio 78



para consolidar el acceso al beneficio prestacional, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la misma, y que son aplicables a las personas que al 1 de abril de 1994, tuvieran la edad de 35 años en el caso de las mujeres, 40 años en el evento de los hombres, o 15 años o más de servicios en cualquier caso”.

Atendiendo al caso concreto, la accionada refirió que en la providencia censurada consignó las razones por las cuales se apartó del precedente del Consejo de Estado y dio aplicación a lo establecido por la Corte Constitucional en cuanto a los alcances del régimen de transición, entre otras porque sus efectos son *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional y tiene preeminencia sobre las decisiones de los órganos judiciales de cierre.

3.3. Contestación del tercero vinculado – Colpensiones

El Director de Acciones Constitucionales de la referida autoridad luego de hacer transcripción de extensos apartes jurisprudenciales referentes a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales solicitó declarar la improcedencia de la acción al no materializarse la vía de hecho alegada por la accionante.

4. Fallo impugnado

En decisión del 1º de febrero del 2018⁶, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con la participación de 2 Conjueces negó la acción de tutela presentada por la señora Sierra Sánchez.

El juez constitucional *a quo* señaló que ha sido la tesis reiterada de la Sala determinar la jurisprudencia aplicable en virtud de la fecha de presentación de la demanda ya que si fue presentada antes de que fuera emitido el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la SU- 230 de 2015, se debe aplicar la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, en atención de la protección del principio de confianza legítima como garantía de que el ciudadano no va a ser sorprendido

⁶ Folio 119, notificada por correo electrónico el 6 de febrero del 2018.



por cambios bruscos o inesperados de las autoridades públicas, mostrándose de régimen pensional.

Así al descender al caso concreto indicó que la demanda fue presentada el 31 de julio del 2015 y la sentencia SU- 230 del mismo año fue proferida el 6 de julio del 2015. Por lo que dicha sentencia debió ser conocida por la accionante y era viable que su situación fuera estudiada a la luz de la nueva posición jurisprudencial sin que esto comporte vulneración alguna de derechos fundamentales.

5. Impugnación⁷

El apoderado de la parte actora, el 9 de febrero del 2018, presentó escrito de impugnación, en el que insistió que la decisión atacada vulneró los derechos fundamentales invocados pues debió aplicar la sentencia proferida por el órgano natural de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa, apartándose de las sentencias de la Corte Constitucional lo cual si es procedente para la concreción efectiva de los fines constitucionales y la materialización de los derechos fundamentales.

De igual manera, destacó que tratándose del régimen de seguridad social para preservar las garantías de los empleados públicos se debe preferir la aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Finalmente reiteró las consideraciones propuestas en su escrito inicial.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra la sentencia del 1 de febrero del 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo señalando en el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Acuerdo 55 de 2003.

⁷ Folio 259 y ss



2. Problema jurídico

Corresponde a la Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia dictada el 1 de febrero del 2018, por medio de la cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta, negó la acción de tutela incoada por la señora Luz Marina Sierra Sánchez, para lo cual se deberá resolver los siguiente problema jurídico:

¿Vulneró los derechos invocados por la señora Luz Marina Sierra Sánchez el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sentencia del 5 de septiembre del 2017?

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

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

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

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

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación

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

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

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



simplemente se refirió a los *"fijados hasta el momento jurisprudencialmente"*.

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

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

4. Caso concreto

En su escrito de impugnación la accionante reiteró, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia del 5 de septiembre de 2017, en la cual se decidió revocar la decisión de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida a obtener el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al reconocimiento del estatus pensional, desconoció la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Lo anterior, debido a que según dicho precedente las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985 se deben liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios,

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



situación definida de forma contraria por la autoridad judicial accionada.

Por lo anterior, a juicio de la peticionaria no era procedente dar aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, las cuales sólo son aplicables a los destinatarios del artículo 17 de la Ley 4º de 1992, el cual no es el régimen pensional aplicable a su caso y, las mismas, fueron proferidas con posterioridad al momento en el cual se causó su derecho pensional.

4.1. Desconocimiento del precedente alegado

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

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

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

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

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento

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

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



de 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.

(...)

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

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

En sentido contrario, la **Sección Segunda del Consejo de Estado**



en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010,¹⁴ señaló:

“Régimen de transición.

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

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

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).”

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.

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



(...)

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

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

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

Para la Corte Suprema de Justicia *“el régimen de transición solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que (...) la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 [de la Ley 100 del 93]”*¹⁵.

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

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



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 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 1993¹⁶.

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



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".

3.2.2.2. Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es



un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca". (Negrilla por fuera de texto).

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

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

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

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. (Negrilla fuera del texto)



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

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

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

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**

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



después de esta fecha no es posible acogerse al régimen anterior, y empezó la aplicación plena de la Ley 100 de 1993.

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

4.1.2. Aplicación del precedente al caso concreto

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

De lo anterior se desprende, que al ser esta la posición de la Corte Constitucional, expuesta en el marco de un análisis de constitucionalidad, debe ser este el precedente aplicable; consistente en que la interpretación correcta del mencionado



artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha estado dirigida, entre otros a que el IBL para quienes estuvieron amparados por el régimen de transición quedará regido por la Ley 100 de 1993 (art. 21 y 36), y no por las normas de los sistemas pensionales anteriores a la misma.

Lo anterior, toda vez que con éste se recoge cualquiera otra posición contraria, por el alcance que tienen las sentencias de constitucionalidad que dicta la Corte Constitucional.

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

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "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, mas 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.**

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de confirmarse la acción de tutela de la referencia, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para acceder a lo pretendido por

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



la accionante toda vez que el precedente aplicado era el pertinente para efectos de resolver el caso.

III. DECISIÓN

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

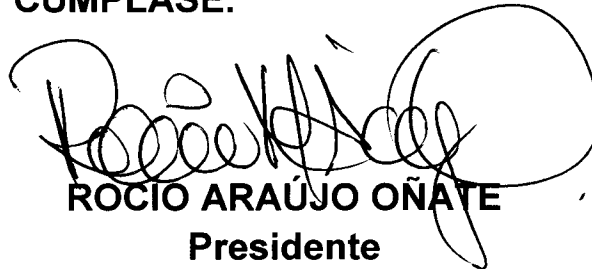
FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 1º de febrero del 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio de la cual, se negó la acción de tutela instaurada por la señora Luz Marina Sierra Sánchez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE 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, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, inciso 2º del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

Continúa hoja de firmas a folio 20.



Continuación de la hoja de firmas, viene del folio 19.


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

