



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente:** *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá D.C., marzo ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

**RADICACIÓN:** 11001-03-15-000-2017-02798-01

**ACTOR:** HERNANDO DULCE ORTEGA

**DEMANDADO:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

**ASUNTO:** ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el subdirector de Defensa Judicial Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP contra el fallo proferido el 25 de enero de 2018, por medio del cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Hernando Dulce Ortega.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. La petición de amparo

El señor Hernando Dulce Ortega, mediante apoderado judicial, ejerció acción de tutela<sup>1</sup> con el fin de que se protejan los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, junto con los principios de favorabilidad, buena fe y confianza legítima, que consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo de Nariño al proferir la sentencia de 15 de septiembre de 2017, que revocó la decisión de 9 de marzo de ese mismo año emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Mocoa para, en su lugar, negar las pretensiones formuladas en la demanda de nulidad y

---

<sup>1</sup> La acción de tutela se presentó el 23 de octubre de 2017 ante la Secretaría General del Consejo de Estado.



restablecimiento que promovió contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP.<sup>2</sup>

En consecuencia, la parte actora solicitó:

*“1. Amparar los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 13 C.P.), debido proceso (artículo 29 C.P.), los derechos adquiridos en materia pensional (artículo 48 C.P.), situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales del derecho (artículo 52 C.P.), buena fe y confianza legítima (artículo 83 C.P.), del señor HERNANDO DULCE ORTEGA.*

*2. Dejar sin efectos la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2017 por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO, por la cual resolvió revocar el fallo de primera instancia proferida el 09 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Mocoa y en su lugar denegó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así como condenar en costas a la parte demandante.*

*3. Ordenar al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO, proferir una nueva sentencia de segunda instancia, conforme los lineamientos trazados en el precedente judicial del Consejo de Estado.*

*4. Conminar al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO, 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.”<sup>3</sup>*

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

## **2. Hechos**

El tutelante relató que estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Salud del Putumayo, entidad en la que laboró desde el 1º de abril de 1972 hasta el 6 de marzo de 2002, fecha en la que se retiró de manera definitiva del servicio.

---

<sup>2</sup> Proceso identificado bajo radicado 2014-00207 (4329).

<sup>3</sup> Folio 25.



Adujo que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 15 años de servicios, por lo que se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que la extinta Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. – Cajanal, mediante Resolución 22528 de 22 de octubre de 2015 le reconoció el pago de la pensión de vejez con el 75% del promedio devengado los últimos 7 años, 11 meses y 6 días, y con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994<sup>4</sup>.

Sostuvo que solicitó la reliquidación de su beneficio pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año servicio, petición que fue desatada de manera negativa por la UGPP por medio de las Resoluciones RDP 020061 del 18 de diciembre de 2012, RPD 009735 de 1º de marzo de 2013 y RDP 011011 de 6 de marzo siguiente.

Adujo que en contra de dichas decisiones, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, del que conoció en primera instancia el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Mocoa que, mediante sentencia de 9 de marzo de 2017 accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar demostrado que estaba cobijado por el régimen de transición y, por lo tanto, le es aplicable lo previsto en la Ley 33 de 1985, por lo que tenía derecho a la reliquidación de su pensión con el cálculo del 75% de todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicios.

Manifestó que el 15 de septiembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Nariño, al resolver el recurso de apelación que interpuso la entidad demandada, revocó el fallo de primera instancia, con fundamento en la postura adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, mediante la cual se precisó que el régimen de transición solo comprende la edad, monto y las semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación.

<sup>4</sup> Por el cual se modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, que establece los factores que constituyen el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo.



### **3. Sustento de la petición**

Como fundamento de la solicitud de amparo el actor afirmó que la autoridad judicial tutelada desconoció en la providencia de 15 de septiembre de 2017 el precedente fijado por la Sección Segunda de esta Corporación en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010<sup>5</sup> y 25 de febrero de 2016<sup>6</sup>, en las que se indicó que todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas en el marco del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que la tutelada al resolver la controversia planeada con sustento en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 vulneró su derecho a la igualdad, toda vez que no tuvo en cuenta que los elementos fácticos y jurídicos abordados en dichas providencias difieren a su caso, pues en ellas se analizó el régimen pensional de los congresistas y magistrados de las Altas Cortes, al que el tutelante no pertenece.

### **4. Actuación procesal en primera instancia**

Mediante auto de 16 de noviembre de 2017<sup>7</sup>, la Sección Cuarta de esta Corporación declaró fundado los impedimentos manifestados por los magistrados Stella Jeannette Carvajal Basto y Julio Roberto Piza Rodríguez, por consiguiente, los apartó del conocimiento la presente solicitud de amparo y solicitó el sorteo de un conjuer para integrar el quórum necesario.

De igual forma, admitió la acción de tutela y ordenó notificar esta decisión, como tutelado, al Tribunal Administrativo de Nariño; y por tener interés en el resultado de la presente tutela, ordenó comunicar al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Mocoa y a la

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de febrero de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, rad. 25000-23-42-000-2013-01541-01.

<sup>7</sup> Folios 67 a 69.



UGPP.

Remitidas las respectivas comunicaciones<sup>8</sup>, intervinieron como sigue:

## **5. Contestaciones e intervenciones**

### **5.1. Tribunal Administrativo de Nariño**

Con respuesta de 28 de noviembre de 2017 (fols. 111 y 112), la magistrada ponente del fallo censurado solicitó negar las pretensiones de la solicitud de amparo comoquiera que adoptó su decisión conforme al estudio de la demanda, las pruebas aportadas al plenario, las intervenciones de las partes, el precedente judicial de la Corte Constitucional y la normativa aplicable a la controversia planteada por el actor.

En ese sentido, sostuvo que la providencia tutelada refleja la postura contenida en las sentencias de unificación del referido alto tribunal constitucional, en cuanto a la conformación del ingreso base de liquidación para pensiones, tal y como se puede constatar de la lectura de la providencia objeto de la tutela.

### **5.2. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP (Tercero con interés)**

Se pronunció por intermedio del subdirector de Defensa Judicial Pensional con escrito radicado el 29 de noviembre de 2017, en el que manifestó que la presente acción de tutela es improcedente, toda vez que la parte actora pretende *“sustituir una decisión judicial ejecutoriada proferida por el juez natural de la causa”* debido a su inconformidad con la decisión que se adoptó, sin demostrar la existencia de un perjuicio irremediable o afectación al mínimo vital.

De otro lado, destacó que la pensión del accionante se encuentra

---

<sup>8</sup> Folios 70 a 75.



reconocida conforme a derecho, sin desconocer el régimen de transición del cual es beneficiario, tal y como se explicó en la Resolución 22528 de 22 de octubre de 2004; además, sostuvo que si bien el señor Dulce Ortega considera que se debe reliquidar su pensión de vejez conforme al régimen de transición en el entendido de que ello implica la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, lo cierto es que dicha transición debe respetar la edad, el tiempo y el monto, pero la forma de liquidación es la dispuesta en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Mocoa a pesar de que fue debidamente notificado del presente trámite guardó silencio.

## **6. Sentencia de primera instancia**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia de 25 de enero de 2018<sup>9</sup>, amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Hernando Dulce Ortega, al considerar que el Tribunal Administrativo de Nariño en la providencia del 15 de septiembre de 2017 incurrió en desconocimiento del precedente judicial.

Esto, en la medida en que para resolver el asunto objeto de debate debió aplicar el criterio fijado por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 y no la postura de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, teniendo en cuenta que (i) al actor se le reconoció su derecho pensional el 22 de octubre de 2004, esto es, con antelación a la expedición de la SU-230 de 2015, por lo que tenía la expectativa legítima de que le asistía el derecho al IBL con el régimen anterior, y (ii) que el aludido precedente de esta Corporación era el vigente para la fecha en que se presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho – 28 de abril de 2014–.

En consecuencia, dejó sin efectos la providencia tutelada y ordenó a la autoridad judicial censurada proferir una decisión de reemplazo en la que tenga en cuenta lo previsto por el Consejo de Estado

---

<sup>9</sup> Folios 142 a 158.



Expediente: 11001-03-15-000-2017-02798-01  
Actor: Hernando Dulce Ortega  
Tutela – Segunda Instancia

respecto al monto sobre el cual debe la UGPP reconocer y liquidar la pensión del régimen de transición pensional del actor.

## 7. Impugnación

Con escrito enviado el 1º de febrero del presente año<sup>10</sup> vía correo electrónico a la Secretaria General de esta Corporación, el subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP presentó recurso de impugnación con el cual solicitó que se revoque el amparo concedido por el *a quo* y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la acción de tutela de la referencia, para lo cual reiteró los argumentos que expuso en su intervención relacionados con la improcedencia de la petición de amparo.

Destacó el que los precedentes judiciales definidos por la Corte Constitucional tienen un alcance vinculante, preferente y obligatorio, el cual se encuentra contenido en las sentencias C-539, C-634 y C-816 de 2011, entre otras; lo que significa que ante la contradicción de una postura definida por dicha colegiatura y otra alta Corte, prevalece el del máximo tribunal constitucional.

Para finalizar, sostuvo que dicha entidad reconoce la primacía del criterio de la Corte Constitucional de cara al artículo 241 de la Carta Política y en procura de los principios de seguridad jurídica, igualdad, coherencia del sistema judicial, confianza legítima, buena fe y cosa juzgada constitucional.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación promovida contra la sentencia emitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 25 de enero de 2018, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991<sup>11</sup>, el artículo 2.2.3.1.2.4<sup>12</sup> del Decreto No.

<sup>10</sup> Folios 167 a 177.

<sup>11</sup> "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

<sup>12</sup> "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"



1069 de 2015 (modificado por el Decreto 1983 de 2017) y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003<sup>13</sup> de la Sala Plena del Consejo de Estado.

## 2.2. Problema jurídico

En el asunto bajo estudio, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual accedió al amparo solicitado por el señor Hernando Dulce Ortega, acorde con las razones consignadas en la impugnación, para lo cual deberá analizar si la autoridad censurada incurrió en el yerro judicial invocado en el escrito de la tutela.

## 2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012<sup>14</sup>, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>15</sup>, y en ella concluyó:

*“...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.**”<sup>16</sup> (Negrilla fuera de texto)*

<sup>13</sup> "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado".

<sup>14</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

<sup>15</sup> El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>16</sup> Ibidem.





Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **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 por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **“...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”**. En efecto, sabido es 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, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>17</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo –procedencia sustantiva– y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto –procedencia adjetiva–.

En ese orden, primero se 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)* 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; y *iii)* inmediatez.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

---

<sup>17</sup> Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala 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: *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**

Lo primero que resulta necesario precisar, es que si bien el consejero 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 de los beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que modificó su posición acorde al criterio mayoritario de la Sección<sup>18</sup>, a partir de lo reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 del 2017<sup>19</sup>.

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, se tiene que el señor Hernando Dulce Ortega afirmó que el Tribunal Administrativo de Nariño vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, junto con los principios de favorabilidad, buena fe y confianza legítima, con ocasión de la providencia de 15 de septiembre de 2017, mediante la cual revocó la decisión de 9 de marzo de ese mismo año proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Mocoa para, en su lugar, negar las

<sup>18</sup> Al respecto, ver sentencias del 22 de febrero de 2018, rad. 11001-03-15-000-2017-03477-00 y 1º de marzo de 2018, rad. 11001-03-15-000-2017-02976-00.

<sup>19</sup> Providencia que fue publicada el 6 de febrero de 2018.



Expediente: 11001-03-15-000-2017-02798-01  
Actor: Hernando Dulce Ortega  
Tutela – Segunda Instancia

pretensiones formuladas en la demanda de nulidad y restablecimiento que presentó contra la UGPP.

En sí, el reproche formulado por la parte actora radica en que la autoridad judicial cuestionada no accedió a la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año servicio, por dar aplicación a la postura fijada por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, a pesar de que a su caso el criterio aplicable es el de la Sección Segunda de esta Corporación en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016.

Al respecto, la Sección Cuarta resolvió acceder al amparo solicitado tras concluir que el precedente que debió tener en cuenta la judicatura tutelada era el contenido en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de esta Corporación, debido a que al actor se le reconoció su derecho pensional con antelación a la expedición de la SU-230 de 2015, por lo que tenía la expectativa legítima de que le asistía el derecho al IBL con el régimen anterior y porque el aludido precedente era el vigente para el 28 de abril de 2014, fecha en la que se presentó el reclamo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Inconforme con dicha decisión, la UGPP presentó escrito de impugnación, en el que resaltó que los precedentes judiciales establecidos por el máximo tribunal constitucional prevalecen en caso de contradicción con los fijados por las demás altas Cortes, primacía con la que está de acuerdo de conformidad con lo previsto en el artículo 241 de la Carta Política y en procura de los principios de seguridad jurídica, igualdad, coherencia del sistema judicial, confianza legítima, buena fe y cosa juzgada constitucional.

Ahora bien, cabe recordar que esta Sala con sustento en la tesis expuesta en la sentencia T-615 de 2016, consideró que si bien prevalecía la posición de la Corte Constitucional frente a las de las demás altas Cortes, lo cierto es que en cada caso se debía aplicar la tesis vigente al momento de adquirir el derecho pensional; no obstante, resulta necesario modificar dicha posición, por los motivos que se exponen a continuación:



i) Para resolver el caso concreto, el Despacho sustanciador<sup>20</sup> que venía apartándose de la posición de dos de los integrantes de la Sala, revaluó revalúa 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 procesos semejantes, aunque se aceptaba que el precedente obligatorio es el de la Corte Constitucional se condicionó su aplicación a que el derecho pensional **se causara después de proferida la sentencia de unificación SU-230 de 2015**, lo que implicaba que en la práctica el precedente de la Corte no sea aplicable. Lo anterior, debido a que 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 aquéllas personas que **al 31 de diciembre de 2014 adquirieron su estatus pensional**, pues después de esta fecha no es posible acogerse al régimen anterior, en la medida en que empezó la aplicación plena de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, comoquiera que la sentencia 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 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

---

<sup>20</sup> Ver entre otras, sentencia de 18 de enero de 2018, rad. 11001-03-15-000-2017-02585-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro; 8 de febrero de 2018, rad. 11001-03-15-000-2017-03341-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro; 22 de febrero de 2018, rad. 11001-03-15-000-2017-02121-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.



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.*

*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 constitucional (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 proporcionalidad. 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 tiempo. (...)»*

En concordancia con las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, se puede concluir que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en las providencias SU-230 de 2015 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 efecto, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calcula 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).

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



Expediente: 11001-03-15-000-2017-02798-01  
Actor: Hernando Dulce Ortega  
Tutela – Segunda Instancia

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.

Bajo este contexto, la Sala advierte que revocará la decisión proferida por el *a quo* en el sentido de negar el amparo solicitado, teniendo en cuenta no es posible afirmar que el Tribunal Administrativo de Nariño incurrió en el defecto alegado por la parte actora, que ocasione la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor Hernando Dulce Ortega, pues justamente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional referida anteriormente sirvió de fundamento para que llegara a la conclusión de que no era procedente ordenar la reliquidación pensional deprecada por el actor.

Lo anterior, luego de encontrar que la entidad demandada emitió el acto administrativo demandado conforme al régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, al tiempo de servicios y a la tasa de reemplazo, y calculó el ingreso base de liquidación de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 *ejusdem*, es decir, con base en las reglas contenidas en el régimen general de pensiones.

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

### FALLA

**PRIMERO:** Revócase la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Hernando Dulce Ortega y, en su lugar, **niégase** la acción de tutela, por las razones anotadas en el presente proveído.

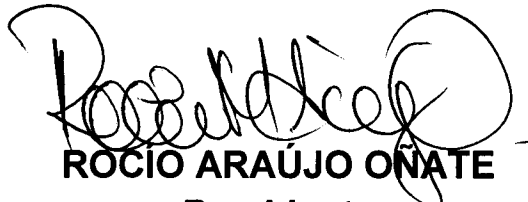
**SEGUNDO:** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el



artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ROCÍO ARAÚJO ONATE**  
Presidente

  
**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

  
**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

  
**ALBERTO YEPÉS BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

