



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

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02882-01

Actor: LUIS ANTONIO RIVAS CRIOLLO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

Asunto: Acción de Tutela – Fallo de Segunda Instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del señor Rivas Criollo.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Mediante escrito radicado el 30 de octubre de 2017¹ ante la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Luis Antonio Rivas Criollo, actuando por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, “(...) a los derechos adquiridos en materia pensional, situación más favorable, buena fe y confianza legítima”.

Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión de la sentencia dictada el 6 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que revocó la providencia de 31 de agosto de 2015 del Juzgado Administrativo de Descongestión de Mocoa, que había accedido a las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por el actor, dentro del proceso tramitado bajo el radicado No. 2014-00064.

1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda así:

¹ Ver folios 1 a 26.



- El tutelante laboró en Indercultura Putumayo en los siguientes periodos: 1º/04/1975 al 31/12/1975, 1º/09/1976 al 13/07/1995 y 14/07/1995 al 30/06/1999, siendo esta última su fecha de retiro definitivo del servicio. Para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, tenía más de 15 años de servicio.
- Por medio de Resolución 52626 de 5 de octubre de 2006, la extinta Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoció la pensión de vejez a favor del actor con el 75% del promedio devengado en los últimos 4 años, 9 meses y 6 días y con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.
- El señor Rivas Criollo promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, con el fin de que se declarara la nulidad de la anterior resolución y se condenara a la demandada a reliquidar la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicios.
- El proceso le correspondió por reparto al Juzgado Administrativo de Descongestión de Mocoa, autoridad judicial que en sentencia de 31 de agosto de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó la reliquidación de la pensión del actor sobre el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio y con la inclusión de todos los factores salariales.
- Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la UGPP interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia de 6 de octubre de 2017, en la que revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

1.3. Fundamentos de la acción



A juicio del actor, el tribunal accionado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, “(...) a los derechos adquiridos en materia pensional, situación más favorable, buena fe y confianza legítima”.

Argumentó que la mencionada autoridad judicial desconoció el precedente del Consejo de Estado contenido en las sentencias de 4 de agosto de 2010 Rad: 2006-07509-01 y 25 de febrero de 2016 Rad: 2013-015101, que establece que “(...) las pensiones que se rigen 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 prestación de servicios”².

En lo relacionado con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, indicó que la Corte Constitucional no ha examinado los argumentos que sustentan la postura del Consejo de Estado en relación con el régimen de transición, “(...) ni ha rechazado en forma expresa la tesis de este alto tribunal, no siendo posible extender a la jurisdicción de lo contencioso administrativo los efectos de una sentencia que versa sobre la interpretación del régimen de transición por parte de la jurisdicción ordinaria”.

Finalmente, alegó un desconocimiento de sus derechos adquiridos y una vulneración a los principios de favorabilidad y de confianza legítima, pues acudió a la jurisdicción con el convencimiento fundado de que su pensión iba a ser liquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

1.4. Pretensiones

En la tutela se solicitó el siguiente amparo:

“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 53 C.P.), buena fe y confianza legítima (artículo 83 C.P.), del señor LUIS ANTONIO RIVAS CRIOLLO.

2. Dejar sin efectos la sentencia proferida el 06 de octubre 2017 por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO- SALA DE DECISIÓN DEL SISTEMA ORAL, por la cual resolvió revocar el fallo de primera instancia proferido el 31 de agosto marzo de 2015 por el Juzgado Administrativo de Descongestión de Mocoa y en su lugar denegó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio del medio de control de nulidad y

² Folio 8.



restablecimiento del derecho, así como condenar en costas a la parte demandante.

3. Ordenar al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO- SALA DE DECISIÓN DEL SISTEMA ORAL, proferir una nueva sentencia de segunda instancia, conforme a los lineamientos trazados en el precedente judicial del Consejo de Estado.

4. Conminar al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO - SALA DE DECISIÓN DEL SISTEMA ORAL, 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”³.

1.5. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta admitió la demanda a través de auto de 16 de noviembre de 2017,⁴ en el cual se ordenó notificar a la autoridad judicial demandada, al demandante, a la UGPP y al Juzgado que asumió los procesos que tramitó el Juzgado Administrativo en Descongestión de Mocoa, estos dos últimos como terceros interesados en el resultado del proceso.

1.6. Contestaciones

1.6.1. Tribunal Administrativo de Nariño

A través de correo electrónico enviado el 28 de noviembre de 2017⁵, la autoridad judicial contestó la demanda de tutela.

Indicó que el fallo atacado fue proferido de conformidad con la jurisprudencia aplicable al asunto en particular.

Manifestó que la postura acogida fue la plasmada en las sentencias C-258 de 2013 y SU – 298 de 2015, en las cuales fue determinado que, para efectos de liquidar las mesadas pensionales, “(...) únicamente se considerarían los factores salariales sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones al sistema de seguridad social”.

1.6.2. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

³ Folios 24 y 25 del expediente.

⁴ Ver folio 57.

⁵ Ver folio 73.



Mediante escrito presentado el 29 de noviembre de 2017,⁶ el Subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP contestó la demanda de tutela.

Señaló que la pensión de los beneficiarios del régimen de transición debe liquidarse con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o en el tiempo que haga falta para adquirir la pensión.

Precisó que solo pueden ser tenidos en cuenta los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 (asignación básica, gastos de representación, prima técnica - cuando sea factor de salario-, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en horas nocturnas, bonificación por servicios), pues así lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Finalmente, puso de presente que el fallo atacado estuvo ajustado a derecho, por cuanto privilegió el precedente de la Corte Constitucional frente al del Consejo de Estado.

1.7. Fallo impugnado

En sentencia de 13 de febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del señor Luis Antonio Rivas Criollo y, en consecuencia, dispuso:

“2. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 6 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño- Sala de Decisión Sistema Oral, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con N° 86001-33-33-751-2014-00064-01 (2719).

3. ORDENAR al Tribunal Administrativo de Nariño- Sala de Decisión Sistema Oral que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, profiera una nueva decisión en la que se tenga en cuenta lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, respecto al monto sobre el cual debe reconocerse y liquidarse la pensión del régimen de transición pensional del sector oficial”.

⁶ Ver folios 45 a 50



Como sustento de su decisión, indicó que, frente a la sentencia C-258 de 2013, la regla de derecho contenida en tal providencia “(...) *no era aplicable al caso, toda vez que derivó del examen de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que regula las pensiones de los congresistas*”.

Ahora bien, aseguró que la variación jurisprudencial que introdujo la SU-230 de 2015 representa una alteración significativa de las relaciones jurídicas que se suscitan entre las personas con derecho a pensión bajo el régimen de transición y los respectivos fondos de pensiones.

Puso de presente que muchos pensionados obtuvieron el reconocimiento de esa prestación con fundamento en el régimen de transición, sin embargo, el ingreso base de liquidación les fue calculado de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993 (bien sea artículo 21 o inciso 3º del artículo 36), lo que justificó que, de conformidad con la jurisprudencia que predicaba la propia Corte Constitucional antes de la SU-230 de 2015, iniciaran las respectivas acciones administrativas y judiciales, pues legítimamente estimaban que se les desconocía un derecho sustancial: cálculo del IBL con el régimen anterior, que había sido reconocido jurisprudencialmente tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

Precisó que el pronunciamiento de la Corte Constitucional produjo la extinción de un derecho sustancial de carácter pensional, o al menos la eliminación de una expectativa legítima, de las personas beneficiarias del régimen de transición, que creían, con fundamento en la jurisprudencia, que el ingreso base de liquidación de sus pensiones debía ser calculado en la forma prevista en el régimen anterior.

Estimó que, en aras de salvaguardar esas expectativas legítimas, *“resulta más razonable aplicar el precedente de la sentencia SU-230 de 2015 solo en aquellos casos en los que la controversia judicial se formule (presentación de la demanda) con posterioridad a su publicación (6 de julio de 2015), pues solo a partir de ese momento podría exigírsele al administrado que conozca la nueva postura jurisprudencial. Si después del 6 de julio de 2015, el interesado opta por reclamar judicialmente ese derecho —IBL con régimen anterior—, es admisible suponer que lo hace a sabiendas del nuevo precedente”*.

Aplicando lo anterior al caso concreto, señaló que al señor Luis Antonio Rivas Criollo se le reconoció el derecho pensional, el 5 de octubre de 2006, mediante Resolución 52626, lo cual evidencia que el derecho del



actor a percibir la pensión de vejez, fue adquirido con antelación a que se profiriera la sentencia SU – 230 de 2015, por lo tanto, no es viable su aplicación de manera retroactiva.

Aunado a ello, puso de presente que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se presentó en el año 2014, lo cual significa que las reclamaciones judiciales se hicieron antes de la publicación de la sentencia SU-230 de 2015, es decir, cuando el demandante acudió a la jurisdicción, tenía la expectativa legítima de que le asistía el derecho al IBL con el régimen anterior.

Explicó que “(...) si bien para el 6 de octubre de 2017, fecha en que el Tribunal Administrativo de Nariño profirió la sentencia de segunda instancia cuestionada, ya existía el precedente judicial de la SU-230 de 2015, lo cierto es que la aplicación en ese caso concreto significó defraudar la confianza legítima del demandante, quien acudió a reclamar un derecho pensional con la expectativa que la propia jurisprudencia le creó. Se insiste, la sentencia SU-230 de 2015 únicamente se aplica para las controversias que se promuevan después de la publicación de esa sentencia”.

Concluyó que el precedente judicial adoptado en la SU-230 de 2015 no resultaba aplicable en el proceso promovido por el señor Luis Antonio Rivas Criollo contra la UGPP, so pena de defraudar las expectativas legítimas del pensionado.

1.8. Impugnación

Mediante escrito presentado oportunamente⁷, la UGPP impugnó el fallo de primera instancia.

Puso de presente que no se pueden desconocer las reglas de derecho contenidas en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, frente a la determinación del IBL.

De conformidad con el anterior argumento, citó de manera extensiva las providencias referenciadas.

⁷ La sentencia de tutela fue notificada el 15 de febrero de 2018 y la impugnación fue presentada el 20 de febrero de 2018.



2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, y el artículo 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. El asunto bajo análisis

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar el fallo de 13 de febrero de 2018 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del señor Rivas Criollo.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y ii) el caso en concreto.

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

Esta Sección, mayoritariamente⁸, 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 2012⁹ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra

⁸ 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.

⁹ 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.



providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁰.

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 judiciales¹¹.

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.**”¹² (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”**.

¹⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹¹ 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.

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.



Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹³, 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.

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 actora tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁴ 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

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁴ 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.



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

A juicio del actor, el tribunal accionado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, “*(...) a los derechos adquiridos en materia pensional, situación más favorable, buena fe y confianza legítima*”.

En sí, 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 las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas 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 y de 25 de febrero de 2016 Rad: 2013-015101, que establecen que “*(...) las pensiones que se rigen 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 prestación de servicios*”¹⁵.

En sentencia de 13 de febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del señor Luis Antonio Rivas Criollo, en atención a que el precedente judicial adoptado en la SU-230 de 2015 no resultaba aplicable en el proceso promovido por el señor Luis Antonio Rivas Criollo contra la UGPP, so pena de defraudar las expectativas legítimas del pensionado.

¹⁵ Folio 8.



La UGPP, en su escrito de alzada, puso de presente que no se pueden desconocer las reglas de derecho contenidas en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, frente a la determinación del IBL.

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 tema¹⁶, 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.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, Rad. 33343 sentencia de 17 de octubre de 2008, MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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 2010,¹⁷ 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.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



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.

(...)

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]”¹⁸.*

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.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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 exequibilidad 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 1993¹⁹.

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:

¹⁹ Al efecto ver Sentencia T-078/14, CP. Dr. Mauricio González Cuervo.



“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 providencias²⁰ 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.

²⁰ Frente a las cuales el ponente de esta sentencia salvó el voto.



- 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.

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 político²¹.

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 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 Rivas Criollo, 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 salariales²² cotizados durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior o inferior, de

²¹ Luis Recasens Siches.

²² De conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

El Tribunal Administrativo de Nariño, en la sentencia atacada, indicó lo siguiente:

“Ahora bien, frente a la reliquidación de su mesada pensional, la Sala manifiesta que en la actualidad, coexisten dos posturas relacionadas con la inclusión de los factores salariales para efectos de liquidar el monto de las pensiones.

La primera, esgrimida, por el Consejo de Estado, la cual establece que el trabajador que fuera beneficiario del señalado régimen de transición, tiene derecho a que en el ingreso base de liquidación se incluyeran todos los factores salariales que hubiera percibido durante el último año de servicios, habida cuenta que los factores enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985, solamente son enunciativos, mas no taxativos, por lo que ello no impedía que fueran comprendidos otros rubros que la persona hubiera recibido como remuneración a su labor, incluso, los destinados a cubrir contingencias del trabajador, como las primas de vacaciones y navidad.

La segunda, defendida por la Corte Constitucional, que establece que el aludido régimen de transición, únicamente, comprende lo relacionado a edad, tiempo de servicios o cotizaciones al sistema de seguridad social y tasa de reemplazo, pero, que en lo relacionado al ingreso base de liquidación y factores salariales, se aplicaría lo determinado en el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, implica que para la liquidación de las mesadas pensionales, dijo la Corte, únicamente, se incluirían los factores salariales que constituyeran, valga la redundancia, salario, y sobre los cuates se hubieran efectuado cotizaciones al sistema de seguridad social. Además, indicó, que tal liquidación, se realizará con base en lo devengado durante los últimos 10 años de servicios.

Frente a aquellas dos posturas judiciales, que resultan igualmente válidas, la Sala de decisión del sistema oral del Tribunal Administrativo ha decidido acoger esta última, que ha sido expuesta, por la Corte Constitucional, comoquiera que, a criterio de la Sala, atiende en mayor medida a principios constitucionales y legales que operan en el sistema de seguridad social, tales como universalidad, solidaridad, eficiencia, obligación de ampliación de la cobertura y sostenibilidad financiera”.

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

Igualmente, frente al supuesto desconocimiento de los derechos adquiridos del actor, se hace necesario precisar, de la misma manera como lo hizo la providencia C-258 de 2013, que la Constitución resguarda las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales, **siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne.**

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de revocarse la sentencia de 13 de febrero de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, 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.

En mérito de 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,

3. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 13 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del actor, para, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

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



TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCIO ARAUJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
Aclara voto

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1



