



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá D.C., marzo primero (1º) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2017-02976-00

ACTOR: RAFAEL AUGUSTO RUEDA GUTIÉRREZ

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

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala en primera instancia la tutela promovida por el señor Rafael Augusto Rueda Gutiérrez, por conducto de apoderado judicial, en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El señor Rafael Augusto Rueda Gutiérrez, actuando por conducto de apoderado judicial, ejerció acción de tutela¹ contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la favorabilidad, a la seguridad social y al mínimo vital.

Consideró vulnerados tales derechos con ocasión de las providencias proferidas el 21 de febrero de 2017 y 31 de agosto del

¹ La acción de tutela se presentó el 9 de noviembre de 2017 ante la Secretaría General del Consejo de Estado.



mismo año, mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, bajo radicado 11001333502520130040600.

En efecto, la parte actora solicitó:

“1. AMPARAR los derechos al acceso a la justicia, debido proceso, igualdad, favorabilidad, seguridad social de las personas de la tercera edad y el mínimo vital del señor RAFAEL AUGUSTO RUEDA GUTIÉRREZ.

2. DEJAR sin efectos las sentencias proferidas por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C. de fecha de 21 de febrero de 2017 y el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, de fecha 31 de agosto de 2017, y en consecuencia EMITIR nuevo fallo y ordenar la reliquidación de la pensión al señor RAFAEL AUGUSTO RUEDA GUTIÉRREZ (sic) el equivalente al 75% promedio de la asignación mensual, subsidio de alimentación, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, horas extras diurnas, recargo nocturno, auxilio educativo, bonificación, prima de vacaciones, indemnización por vacaciones, conceptos que fueron devengados entre el 30 de junio de 2005 y el 29 de junio de 2006, último año de servicios.”²

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

El tutelante relató que prestó sus servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA por más de 23 años y que en el momento de su retiro desempeñaba el cargo de Instructor Grado 18 en el Centro de Gestión Industrial en la regional del Distrito Capital.

Adujo que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con una edad superior a los 35 años y 23 años de servicios, por lo que se encuentra cobijado por el régimen de transición.

² Folio 13.



Afirmó que mediante Resolución 002230 del 8 de noviembre de 2005 le fue reconocida pensión de jubilación por el valor de \$1.721.627 mensuales, pagaderos a partir 30 de junio de 2006, fecha en la que se retiró de la entidad.

Sostuvo que dicho beneficio fue reconocido sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, motivo por el cual solicitó su reliquidación, petición que fue desatada de manera negativa por medio del Oficio 2-2011-022967 de 13 de diciembre de 2011.

Adujo que en contra de dicha decisión, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, del que conoció en primera instancia el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá que, mediante sentencia de 21 de febrero de 2017, negó las pretensiones de la demanda habida cuenta que el IBL consagrado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no fue un aspecto sometido a transición, por lo tanto, los lineamientos para liquidar la pensión de las personas sujetas al régimen de transición es el contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que el 31 de agosto de 2017, la Sección Segunda - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmó el fallo de primera instancia, con fundamento en que la postura adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 precisó que el régimen de transición solo comprende la edad, monto y las semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación, el cual debe ser establecido de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

3. Sustento de la petición

A juicio de la parte actora, las autoridades censuradas incurrieron en un defecto por **desconocimiento del precedente judicial**, en particular, el fijado por la Sección Segunda de esta Corporación en



sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010³, en la 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.

En ese sentido, la parte actora advirtió que las tuteladas al aplicar de manera errada a la controversia que planteó, las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, le dieron un alcance diferencia a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4. Trámite

Con auto de 15 de noviembre de 2017⁴, se admitió la solicitud de amparo y se ordenó notificar esta decisión, como tutelados a los magistrados que integran la Sala de Decisión de la Sección Segunda - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al juez Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, a fin de que contestaran la solicitud de amparo y allegaran los documentos que pretendieran hacer valer como pruebas.

Por tener interés en el resultado de la presente tutela, se decidió comunicar al director general del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA y al presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para que manifestaran lo que consideraran pertinente.

Remitidas las misivas del caso⁵, solamente intervino el director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, con escrito radicado el 22 de enero de 2017, en el que solicitó declarar improcedente la solicitud de amparo por cuanto no se configuró una "vía de hecho" por parte de las autoridades

³ 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.

⁴ Folio 39.

⁵ Folios 40 a 45.



judiciales cuestionadas, en la medida en que aplicaron el precedente acorde al caso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991⁶ y el numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015⁷.

2.2. Problema jurídico

En el asunto bajo estudio, corresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora, al incurrir en desconocimiento del precedente judicial, al negar la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

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; ii) estudio sobre los requisitos adjetivos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados se estudiará, iii) el fondo del reclamo.

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 2012⁸, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra

⁶ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política."

⁷ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho."

⁸ 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.



providencias judiciales⁹, 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.**”¹⁰ (Negrilla fuera de texto)*

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 amplia¹¹ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la

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

¹⁰ Ibidem.

¹¹ 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.



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.

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.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

2.4.1. No se trata de una tutela contra decisión de igual naturaleza, puesto que la providencia judicial que censura el señor Rueda Gutiérrez fue proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra del Servicio



Nacional de Aprendizaje – SENA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, bajo radicado 11001-33-35-025-2013-00406-00.

2.4.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela pretende cuestionar los fallos proferidos el 21 de febrero de 2017 por el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, y 31 de agosto del mismo año, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

Así las cosas, se observa que la última decisión cuestionada fue notificada por correo electrónico del 14 de septiembre de 2017¹², y quedó ejecutoriada el 19 del mismo mes y año, en los términos del artículo 302 del Código General del Proceso; y la solicitud de amparo se presentó el 9 de noviembre de 2017, término que a juicio de la Sala resulta razonable.

2.4.3. Respecto a la subsidiariedad, la Sala encuentra que la accionante no dispone de otros medios de defensa judicial, ordinarios o extraordinarios, para censurar la providencia proferida por las mencionadas autoridades judiciales, toda vez que no se configuran las causas señaladas en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, para que proceda el recurso extraordinario de revisión.

A su vez, cabe resaltar que si bien los supuestos fácticos y jurídicos contenidos en la presente acción de tutela, se ajustan a la causal señalada en el artículo 258 *ejusdem*¹³ establecida para que se formule el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, lo cierto es que no se cumple la cuantía mínima exigida para su procedencia –90 smlmv al momento de la interposición del recurso–; además, debe tenerse en cuenta que el medio de control promovido por la accionante se tramitó en primera instancia ante un juzgado administrativo, lo que de conformidad con el numeral 2º del artículo

¹² De acuerdo con lo verificado en la página web de la Rama Judicial- consulta de procesos – proceso 11001333502520130040602, al no haber sido aportado el edicto como prueba dentro del expediente.

¹³ “Habrà lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.”



155 *ejusdem* implica que se trata de un asunto cuya cuantía no excede los 50 smmlv.

Superadas dichas exigencias, la Sala abordará el fondo de la solicitud, sin perjuicio de resaltar el carácter excepcional de la tutela, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales.

2.5. 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 Sección¹⁴.

Ahora bien, se tiene que el apoderado del señor Rafael Augusto Rueda Gutiérrez adujo que la Sección Segunda – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá incurrieron en sus decisiones cuestionadas en desconocimiento del precedente fijado por la Sección Segunda de esta Corporación el 4 de agosto de 2010.

En sí, el reproche formulado por la actora radica en que las autoridades judiciales cuestionadas no accedieron a la pretensión –reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio–, expuesta en la demanda de nulidad y restablecimiento que promovió en contra del SENA y Colpensiones, por dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-

¹⁴ Al respecto, ver sentencia del 22 de febrero de 2018, radicado 11001-03-15-000-2017-03477-00.



427 de 2016, en las cuales se le da un alcance diferente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece el régimen de transición.

Sobre el particular, se observa que el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá sostuvo en su providencia del 21 de febrero de 2017 que no accedía a las pretensiones formuladas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, al concluir que el acto administrativo objeto de debate se ajustaba a la legalidad, en los siguientes términos:

“...el IBL consagrado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no fue aspecto sometido a transición, solo lo fueron los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, por lo tanto, los lineamientos para liquidar una pensión de una persona sujeta al régimen de transición son los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Pues así, lo estableció la H. Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013.”

A su vez, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, en su proveído del 31 de agosto de 2017, confirmó dicha negativa con sustento en las mismas razones que expuso el *a quo*, y agregó que:

“... en sentencia C-816 del 1º de noviembre de 2011, la misma corporación [Corte Constitucional] concluyó que su jurisprudencia en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante...”

De manera reciente, en sentencia SU 395 de 2017, la Corte Constitucional señala nuevamente que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación, el cual debe establecerse en forma indicada en el artículo 21 y en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”



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

Cabe recordar que frente a la controversia originada por la aplicación de la normativa relacionada con la fijación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición, en un primer momento existían criterios encontrados entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, así:

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 ha mantenido una posición reiterada en relación con el tema¹⁵, al indicar que:

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en

¹⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia de 17 de octubre de 2008, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, rad. 33343.



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, 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.

(...)

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”.¹⁶

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.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que 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 manifestaba que la base salarial de liquidación de la pensión no se regía por las disposiciones legales precedentes, sino que en principio y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, se encontraban regulados por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 del 93¹⁷.

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 Ingreso Base de Liquidación en el siguiente sentido:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, rad. 34863.



“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 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 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 1993¹⁸.

¹⁸ Al efecto, ver Sentencia T-078/14, M.P. 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 original)

Ahora bien, 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 que venía apartándose de la posición de dos de los integrantes de la Sala, revaluó 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, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares, no en lo que respecta a la supremacía de las decisiones de la Corte Constitucional sino en cuanto 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 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, 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 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 sentencias de constitucionalidad que dicta la Corte Constitucional, respecto de las cuales, criterios como el de favorabilidad, entre otros, no tienen aplicación, si se tiene en cuenta que es la sentencia de constitucionalidad la que fija el alcance de la norma y marca el sentido que siempre ha tenido la disposición que analiza.

La situación descrita permite a la Sala, como lo anticipó, negar el amparo solicitado por el actor, comoquiera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá no incurrieron en el yerro judicial alegado por la parte actora en el escrito de tutela.

De ahí que tampoco sea posible afirmar que existe alguna vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor Rueda Gutiérrez, en la medida en que precisamente tales autoridades judiciales adoptaron sus decisiones objeto de reproche con sustento en el criterio del Alto Tribunal Constitucional referido anteriormente.

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,



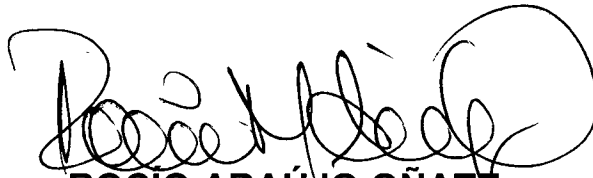
FALLA

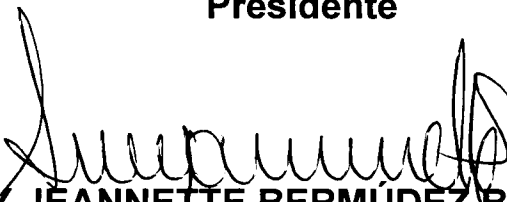
PRIMERO: Niégase la acción de tutela presentada por el señor Rafael Augusto Rueda Gutiérrez contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y el Juzgado Veinticinco Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia.

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

TERCERO: De no ser impugnada la presente providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

