



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

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2018-00746-00

Accionante: VIELSA CALDERÓN DE GARZÓN

Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "C"

Asunto: Fallo de primera instancia- Tutela contra providencia judicial

Procede la Sala a resolver la acción de tutela formulada por la señora Vielsa Calderón de Garzón contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "C", de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

La señora Vielsa Calderón de Garzón, por conducto de apoderado judicial¹, promovió acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y protección a la tercera edad, que considera vulnerados con ocasión de la decisión de segunda instancia de 14 de febrero de 2018 dictada por la Subsección "C", Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tramitado con el número de radicado 11001-33-35-702-2014-00146-02, promovido contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

1.2. Hechos

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

- Promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del

¹ Poder que obra a folio 1 del expediente.



derecho contra la Unidad de Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, a fin de que se le tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, para efectos de la liquidación de su pensión.

- Del proceso contencioso conoció en primera instancia el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, autoridad que mediante providencia de 17 de agosto de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda.
- Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante proveído del 14 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “C”, autoridad judicial que revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.
- Lo anterior, por cuanto, de conformidad con el precedente fijado por la Corte Constitucional, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a la accionante le faltaban menos de 10 años para consolidar el derecho pensional, en esa medida, el monto de la prestación corresponde al promedio del tiempo que faltare para ello, o el promedio de lo cotizado en todo el tiempo si este fuere superior. Adicionalmente, arguyó que la norma aplicable a su caso es el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, el cual enlista taxativamente los factores base de cotización de los empleados públicos, en esa medida, concluyó no tiene derecho a la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año, “...sino exclusivamente los contemplados...” en el referido decreto.

1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora, la autoridad accionada indicó que se **desconoció el precedente judicial** establecido por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010², en la que se precisó que todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforman el ingreso base de liquidación de las

² 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.



pensiones reconocidas en el marco del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.4. Pretensiones

Presentó las siguientes:

«1. Tutelar los DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD.

2. Dejar sin efectos la sentencia del 14 de febrero de 2018, proferida por la Sección Segunda – Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictada en el proceso 2014-146-01.

3. Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, proferir nuevo fallo en los términos del precedente jurisprudencial aquí mencionado, dentro del proceso 2014-146, en el que es demandante la señora VIELSA CALDERÓN DE GARZÓN.»

1.5. Trámite

Con providencia de 15 de marzo de 2018³, el Consejero Ponente admitió la acción de tutela y ordenó notificar a los Magistrados que integran la Sala de Decisión de la Sección Segunda - Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de que contestaran la solicitud de amparo y allegaran los documentos que pretendieran hacer valer como pruebas.

Igualmente, por tener interés en el resultado del presente trámite constitucional, decidió comunicar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y al Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, para que manifestaran lo que consideraran pertinente.

1.6. Contestaciones

Remitidos los oficios correspondientes, intervinieron las siguientes autoridades:

³ Folio 26 del expediente.



1.6.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “C”

Adujo que en la decisión de fondo se estudiaron todos y cada uno de los documentos allegados al proceso, la norma aplicable al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional – C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, lo que le permite reiterar los argumentos expuestos en la sentencia cuestionada.

Concluyó que la decisión enjuiciada se encuentra ajustada a derecho, por tanto, no le asiste razón a la actora, frente a la vulneración de los derechos fundamentales que alegó en su escrito de tutela.

Por último, manifestó que la tutela objeto de estudio es improcedente, por cuanto no cumple con los requisitos generales ni especiales de procedibilidad de la acción.

1.6.2. UGPP

Indicó que la Corte Constitucional ha insistido en que el IBL no puede estar sujeto al régimen de transición, por tanto, no puede darse aplicación a la norma o régimen anterior del cual es beneficiaria la persona pensionada, y en ese sentido, el mismo debe liquidarse de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Así mismo, manifestó que los factores a incluir en la liquidación de las pensiones sujetas a regímenes especiales, son aquellos que sean directamente remunerativos del servicio y sobre los cuales se hayan realizado los aportes correspondientes.

Adujo que el Consejo de Estado ha venido adoptando la posición de la Corte Constitucional frente a la liquidación del IBL. Al respecto, entre otras, citó la sentencia de la Sección Quinta proferida el 17 de noviembre⁴, mediante la cual se resalta el carácter vinculante de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional, debido a que este órgano es quien, en ejercicio de sus competencias, “...*fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales...*”

Por último, resaltó que la tutela de la referencia no cumple con los requisitos generales y especiales de procedibilidad, por cuanto la parte

⁴ Expediente No. 11001031500020160062501, M.P. Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.



actora no demostró la configuración de alguno de los defectos, ni la vulneración de los derechos fundamentales a los que hizo referencia en su solicitud, y porque la autoridad judicial cuestionada no realizó una mala interpretación de la norma que regula la materia.

1.6.4. El Juzgado 16 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá

Mediante oficio No. 233-2018/J-047 de 22 de marzo de 2018, requirió a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos, para que remitieran de manera urgente el expediente radicado con el número 11001333570220140014600, con destino al proceso de la referencia, por cuanto el mismo no se encontraba en su poder.

No emitió respuesta alguna frente a la tutela de la referencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción tutela instaurada por la señora Vielsa Calderón de Garzón, 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 Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

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 actora, al incurrir en desconocimiento del precedente judicial, con ocasión de la negativa frente a 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 caso en concreto.



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

Esta Sección, mayoritariamente⁵, 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 2012⁶ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema⁷.

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 judiciales⁸.

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.**”⁹ (Negrilla fuera de texto)*

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁸ 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.

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.



A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los ***“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”***.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁰, 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 amplia¹¹ 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.



cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

En la presente solicitud de amparo se advierte que no se trata de una tutela contra tutela, puesto que la providencia judicial que censura la parte actora, fue proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, radicado No. 11001333570220140014602.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela pretende cuestionar el fallo proferido el 14 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, y la acción de tutela se presentó el 13 de marzo de 2018, es decir, se formuló dentro de un término que a juicio de la Sala resulta razonable.

Ahora bien, en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa para controvertir la decisión que, en concepto de la parte actora, vulneró sus derechos fundamentales, se advierte que la señora Vielsa Calderón de Garzón no cuenta con otro medio de defensa judicial ordinario para el efecto.



La Sala debe aclarar que teniendo en cuenta que el interés de la accionante es que se mantenga la posición del Consejo de Estado expuesta en sentencia como la de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda (radicado No. 25000232500020060750901), podría ser posible que tuviera la posibilidad de presentar el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Sin embargo, esto no es posible ya que la cuantía exigida por el artículo 257 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es de 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en el caso objeto de estudio, la demanda se presentó ante un Juzgado Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

Al no ser procedente algún recurso ordinario o extraordinario, se procederá a estudiar el fondo del asunto.

Con todo, resulta del caso resaltar el carácter excepcional de la acción de amparo, el cual tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial¹², la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹³.

2.5. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, se tiene que el apoderado de la señora Vielsa Calderón de Garzón adujo que la Sección Segunda – Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en desconocimiento del precedente.

En sí, el reproche formulado por la actora radica en que la autoridad judicial cuestionada, dio aplicación a las sentencias C -258 de 2003 y SU – 230 de 2015, para no acceder 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, incluyendo, la prima de alimentación, la prima de habitación y la prima de vacaciones, al considerar que dichos factores carecen de fundamento legal y por ende no constituyen base salarial para calcular la pensión, desconociendo de esta manera, que *“bajo la óptica de la inescindibilidad de la norma y en ejercicio del principio de favorabilidad existe reiterada jurisprudencia de la*

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño



Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto y concreto, con la cual se ha entendido que los empleados públicos cobijados por el régimen transición (sic) les asiste el derecho constitucional de que se les aplique INTEGRALMENTE el régimen anterior al cual los mismos se encontraban cobijados...”

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.

2.5.1. 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 tema¹⁴, 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

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, Rad. 33343 sentencia de 17 de octubre de 2008, MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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 2010,¹⁵ 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:

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



“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]”*¹⁶.

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

Por su parte, el 7 de mayo de 2013, **la Corte Constitucional**, mediante sentencia C-258 de 2013 fijó la regla de aplicación del IBL en el siguiente sentido:

“En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, además de declarar inexecutable la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la executable del resto del precepto será condicionada a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos

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



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 inexequibilidad 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 1993¹⁷.

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,

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



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 providencias¹⁸ 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 puesto que la Corte Constitucional consideró que este fallo no tuvo en cuenta el precedente contenido en las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-405/16, según el cual el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. Además, el máximo tribunal constitucional advirtió sobre la obligación de acatar la línea jurisprudencial de las decisiones emitidas por la Sala Plena.
- b. Si bien en esa posición se acepta que el precedente obligatorio es el de la Corte Constitucional, lo cierto es que condiciona su aplicación a que el derecho pensional **se cause después de proferida la sentencia de unificación SU-230 de 2015**, lo cual, implica que en la práctica el precedente de la Corte no es aplicable a ningún caso.

¹⁸ Frente a las cuales el ponente de esta sentencia salvó el voto.



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 político¹⁹.

2.5.2. 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

¹⁹ Luis Recasens Siches.



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, la señora Vielsa Calderón de Garzón, se encuentra inmersa en el régimen de transición pensional, aspecto que no fue objeto de debate, y que como consecuencia exige que el cálculo de su pensión se realice con el promedio de los factores salariales²⁰ cotizados durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior o inferior, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, concluyó que los actos administrativos acusados en sede ordinaria se encuentran ajustados a derecho, pues en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la parte accionante no tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fuera reconocido incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pues el régimen de transición solo tiene incidencia en los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de

²⁰ De conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



reemplazo, más no en el ingreso base de liquidación.

Lo anterior encuentra fundamento en la posición actual de la Corte Constitucional, autoridad que ostenta la calidad de órgano de cierre frente a la interpretación y alcance de la norma, debido que para el efecto del IBL, ha reiterado que el mismo no hace parte del régimen de transición y en consecuencia, no puede aplicarse el régimen anterior sino lo establecido en la Ley 100 de 1993.

En ese orden, esta Sala de Decisión resalta que la autoridad judicial accionada 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, recogiendo los argumentos expuestos en líneas anteriores, de contera se concluye 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 resalta, **fijó una regla general** al indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición.

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de negarse la acción de tutela de la referencia, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para conceder el amparo, toda vez que la providencia enjuiciada aplicó el precedente de la Corte Constitucional, el cual, se reitera, era el pertinente para efectos de resolver el caso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela interpuesta por la señora Vielsa Calderón de Garzón, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

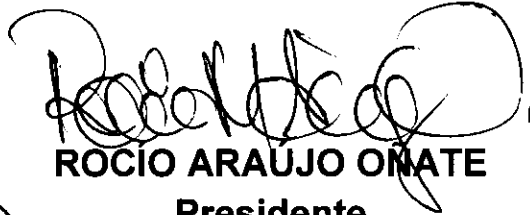
SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



TERCERO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

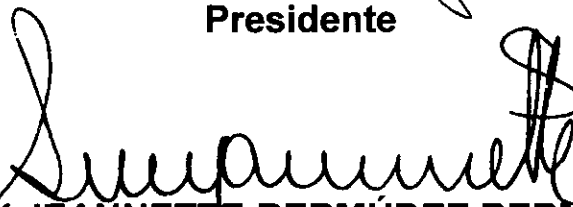
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.



ROCÍO ARAUJO ONATE

Presidente




LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

