



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

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00982-00

Accionante: EMMA IMELDA ORTEGÓN RIVERA

Demandado: 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 Emma Imelda Ortega Rivera contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Mediante escrito radicado el 3 de abril de 2018¹ ante la Secretaría General del Consejo de Estado, la señora Emma Imelda Ortega Rivera, actuando por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales al “(...) *DEBIDO PROCESO, DE CONFIANZA LEGÍTIMA, VIDA DIGNA, RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL y PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD*”.

Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión de la sentencia dictada el 31 de enero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, que revocó la providencia de 27 de abril de 2016 del Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, que había accedido a las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por la accionante, dentro del proceso tramitado bajo el radicado No. 11001-33-35-023-2015-00219-01.

1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda así:

¹ Ver folios 1 a 21.



- La señora Emma Imelda Ortega Rivera se desempeñó como Gestor III, Código 303, Grado 03 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, desde el 22 de junio de 1972 al 28 de febrero de 2011.
- Mediante la Resolución No. 036813 de 11 de agosto de 2009, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones reconoció pensión de vejez a favor de la accionante, con el 82.86% del promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de servicios, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, supeditada al retiro del servicio.
- A la demandante le fue aceptada la renuncia a través de la Resolución No. 00886 de 1º de febrero de 2011, efectiva a partir del 28 de febrero de ese año.
- Con ocasión de una petición de reliquidación pensional formulada por la tutelante, Colpensiones expidió la Resolución No. 164001 de 12 de mayo de 2014, acto por medio del cual decidió bajar la tasa de reemplazo al 82.72% de los últimos 10 años de servicios.
- La señora Ortega Rivera interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto en el sentido de reliquidar la mesada pensional con el 75% de los factores cotizados durante el último año de servicios. (Resolución No. GNR240223 de 27 de junio de 2014).
- La parte actora promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de Colpensiones, con el fin de que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 164001 y No. GNR 240223 y, en consecuencia, se ordenara la reliquidación de la prestación en un monto equivalente al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado.
- Mediante sentencia de 27 de abril de 2016, el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.



- Inconforme con dicha decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” mediante sentencia de 31 de enero de 2018, en la que revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante no tiene derecho a la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios en aplicación del precedente desarrollado por la Corte Constitucional frente al tema (sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017).

1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la señora Ortega Rivera, el tribunal accionado vulneró sus derechos fundamentales al “(...) *DEBIDO PROCESO, DE CONFIANZA LEGÍTIMA, VIDA DIGNA, RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL y PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD*”.

Argumentó que la mencionada autoridad judicial incurrió en un defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º de la Ley 33 de 1985. Agregó que con la sentencia censurada hubo un desconocimiento del precedente judicial, específicamente de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 (radicado número 2006-07509-01 (0112-09), que, respecto de las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985, estableció que se deben liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

Explicó que la posición de la Corte Constitucional no se puede aplicar de manera retroactiva a quienes previamente habían adquirido su estatus pensional. Preciso que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no contemplan supuestos idénticos a su caso, por lo que no era procedente su aplicación.

1.4. Pretensiones

En la tutela se solicitó el siguiente amparo:

“Con los hechos y argumentos de derecho invocados en esta Acción,



ruego a su señoría SE TUTELEN los Derechos Fundamentales de CONFIANZA LEGÍTIMA, VIDA DIGNA, RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, AL DEBIDO PROCESO, SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD, decretando lo siguiente:

Primero: Se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C” – M.P. Dr. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 31 de enero de 2017, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento Nro. 11001333502320150021901.

Segundo: Se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C”, realizar las gestiones necesarias para dictar una nueva sentencia en la que se Confirme la Sentencia de primera Instancia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Bogotá, que accedió a la (sic) pretensiones de la demanda, en aplicación del precedente del Consejo de Estado.

Tercero: Que la nueva sentencia observe en su integridad el precedente vertical del Consejo de Estado contenido en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), ordenando incluir en la pensión de la accionante la TOTALIDAD DE FACTORES DE SALARIO devengados en el último año de servicio, tal y como se pidió en la demanda”².

1.5. Trámite

Con providencia de 5 de abril de 2018³, el 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, con el 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 vincular al Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y a la Administradora Colombiana de

² Folio 20 del expediente.

³ Folio 75 del expediente.



Pensiones – Colpensiones, para que manifestaran lo que consideraran pertinente.

1.6. Contestaciones

1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”⁴

A través de escrito recibido el 24 de abril de 2018, indicó que el fallo atacado fue proferido de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, la normativa que rige el caso y la jurisprudencia aplicable al asunto en particular, por lo que *“concluyó que la accionante no tenía derecho a que se le reliquidara su pensión con todos los factores del último año de servicios”*.

1.6.2. Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá⁵

Mediante correo electrónico enviado el 24 de abril de 2018, indicó que la razón por la cual ese Despacho falló a favor de la accionante consistió en que *“Luego de hacer un análisis de las normas aplicables al caso, interpretación y jurisprudencia; este Despacho arribó a la convicción que a la hoy accionante le asistía el derecho a que su pensión fuera reliquidada teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con la ley 33 de 1985”*. Reiteró los argumentos expuestos en el fallo de 27 de abril de 2016 proferido en el proceso ordinario de la referencia.

1.6.3. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones pese a que fue notificada⁶, guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción tutela instaurada por la señora Emma Imelda Ortega Rivera, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1069 de 2015 y el Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

⁴ Folios 81 a 83.

⁵ Folios 84 a 90.

⁶ Folio 78



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 defecto sustantivo y desconocimiento del precedente judicial, al negar la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados 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, mayoritariamente⁷, 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 2012⁸ **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 tema⁹.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente

⁷ 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.

⁸ 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.

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



en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁰.

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.**”¹¹ (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”**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹², 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

¹⁰ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

¹¹ 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.

¹² 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.



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 amplia¹³ 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 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,

¹³ 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 revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

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 contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, tramitado con el número de radicado 11001-33-35-023-2015-00219-01.

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 31 de enero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, ejecutoriado el 8 de febrero del mismo año¹⁴, y la solicitud de amparo fue radicada el 3 de abril de 2018, término que a juicio de la Sala resulta razonable.

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 la mencionada autoridad judicial. Por un lado, no se configuran las causas señaladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, para que proceda el recurso extraordinario de revisión.

Por otra parte, si bien los supuestos fácticos y jurídicos contenidos en la presente acción de tutela, se ajustan a la causal señalada en el artículo 258 de la Ley 1437 de 2011, establecida para que se formule el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, lo cierto es que no se cumple con la cuantía mínima exigida para su procedencia –90 smlmv al momento de la interposición del recurso–. Al respecto, 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 155 *ejusdem* implica que se trata de un asunto cuya cuantía no excede los 50 smmlv.

¹⁴ Información obtenida de la página web de la Rama Judicial – Consulta de procesos: <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocessos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=NIAwZd30uoK0YJ%2fDWCbE%2fvaT430%3d>



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

A juicio de la accionante, el tribunal accionado vulneró sus derechos fundamentales al “(...) *DEBIDO PROCESO, DE CONFIANZA LEGÍTIMA, VIDA DIGNA, RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL y PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD*”.

Si bien la señora Ortega Rivera aduce la configuración de un defecto sustantivo, sus argumentos se redireccionan al desconocimiento del precedente, por lo que esta Sala circunscribirá el estudio del caso en los siguientes términos:

El reproche de 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, 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*”¹⁵ (Negrilla fuera del texto original).

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

¹⁵ Folio 6.



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 afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

(...)

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



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.

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

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.



a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se registrarán 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.

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, además de declarar inexecutable la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la executable del resto del precepto será condicionada a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.”

Así pues, aunque la Corte se ocupaba, en dicha oportunidad, de un asunto relacionado con el régimen de transición en pensiones de los Congresistas, lo cierto es que en materia de aplicación del IBL para efectos de la liquidación de la pensión, **fijó una regla general** al indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición. Su estudio

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



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:

“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

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



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.
- 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 aquéllas personas que al 31 de diciembre de 2014, adquirieron su estatus pensional**, pues después de esta fecha no es

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



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.

2.5.2. 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 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

²¹ Luis Recasens Siches.



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 Emma Imelda Ortega Rivera, se encuentra inmersa en el régimen de transición pensional, aspecto que no fue objeto de debate, al igual que tampoco lo fue que para la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta el último año de servicio. En ese sentido, circunscrito el debate a si el cálculo de su pensión debe realizarse con el promedio de los factores salariales cotizados o aquellos devengados, para la Sala a la luz de lo expuesto previamente, serán los factores cotizados.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, en la sentencia atacada, indicó lo siguiente:

“(...) en aplicación del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional al cual se hizo alusión en acápite precedente, y teniendo en cuenta que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en materia pensional, a la demandante le faltaban menos de 10 años para consolidar el derecho a la pensión, la cuantía de dicha pretensión económica corresponde al promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para ello o el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuera superior (...)

En este punto advierte la Sala al confrontar el acto administrativo de



reconocimiento (Resolución No. 036813 del 11 de Agosto de 2009) y que finalmente reliquidó la pensión de la actora, una vez se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución GNR 164001 del 12 de Mayo de 2014, (Resolución GNR 240223 del 27 de Junio de 2014 – acto acusado), se observa que inicialmente la entidad había liquidado la prestación con el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de reemplazo del 82.86% de lo cotizado en los últimos 10 años de servicios, y tuvo como fundamento los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, ajustándose al precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional al cual se hizo alusión en acápite previo. Posteriormente, procedió a reliquidar la pensión con el 75% del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes en su último año de servicios y elevó el valor de la misma la suma de \$3.129.775, apartándose de la interpretación a que se hizo referencia, pues extendió parcialmente el beneficio del régimen de transición al ingreso Base de Liquidación, en cuanto tomó el último año de servicios, aún cuando no incluyó todos los factores salariales.

Sin embargo, los motivos de nulidad y las pretensiones formuladas en la demanda van dirigidas a demostrar que la resolución acusada no se ajusta a la legalidad, puesto que según la actora debe disponer la reliquidación y pago de la pensión de jubilación de la parte accionante en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación de la sentencia de Unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de Agosto de 2010. Por lo tanto, no está en discusión otra interpretación de la normatividad que rige la situación de la actora.

Así las cosas, y como quiera que según lo expuesto por la Sala, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de suspensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios, se revocará el fallo apelado que accedió a las pretensiones de la demanda”.

En ese orden, la autoridad judicial no desconoció el precedente aplicable al caso, de conformidad con la regla establecida por la Corte Constitucional y, en consecuencia, **no se configuró el defecto alegado.**

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,



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,

FALLA

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela interpuesta por la señora Emma Imelda Ortega Rivera, 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

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
Ausente con permiso

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

