



**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: 11001-03-15-000-2018-01020-00

Actor: JAIME ALBERTO MAYA GUERRERO

**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 el señor Jaime Alberto Maya Guerrero contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Con escrito radicado el 6 de abril de 2018, el señor Jaime Alberto Maya Guerrero, por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad social y protección a la tercera edad, los cuales consideró vulnerados con ocasión del fallo de 31 de enero de 2018, por medio del cual se revocó la sentencia de 25 de agosto de 2016, donde el Juzgado Doce Administrativo de Bogotá accedió a las pretensiones en el proceso de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social (UGPP), radicado No. 110001-33-35-012-2013-00739-02.

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:

- Por conducto de apoderado promovió el medio de control de



nulidad y restablecimiento del derecho contra la UGPP, en el que solicitó declarar la nulidad de la Resolución No. UGM014581 de 11 de 24 de octubre de 2014, por medio de la cual se negó la reliquidación de su pensión de jubilación, y a título de restablecimiento requirió que se calculara el monto de su pensión teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicios.

- Del proceso contencioso avocó conocimiento en primera instancia el Juzgado 12 Administrativo de Bogotá, autoridad que accedió a las pretensiones de la demanda en fallo de 12 de agosto de 2016.
- Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante proveído del 31 de enero 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 al concluir que los actos administrativos demandados fueron expedidos de conformidad con lo previsto en el precedente desarrollado por la Corte Constitucional frente al tema en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

1.3. Fundamentos de la acción

La parte actora consideró vulnerados sus derechos fundamentales en atención a que el Tribunal accionado desconoció el precedente del Consejo de Estado establecido en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-07509-01¹, el cual dispone que las pensiones regidas 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 servicios.

Igualmente, indicó que las providencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 sólo son aplicables a los destinatarios el artículo 17 de la Ley 4^o de 1992, lo cual no es el régimen pensional aplicable a su caso y, las mismas, fueron proferidas con posterioridad al momento en el cual se causó su derecho pensional.

¹ La actora también citó: la sentencia de la Sección Segunda de 25 de febrero de 2016, expediente No. 25000-23-42-000-2013-01541-01; entre otras.



1.4. Pretensiones

Presentó las siguientes:

“1. Tutelar los DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, A LA SEGURIDAD SOCIAL y PROTECCION A LA TERCERA EDAD.

2. Dejar sin efectos la sentencia del 31 de Enero de 2018, proferida por la Sección Segunda - Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictada en el proceso 2013 - 739-02.

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 2013 - 339, en el que es demandante el señor JAIME ALBERTO MAYA GUERRERO.”

1.5. Trámite

Con providencia de 11 de abril de 2018², 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, 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 Juzgado 12 Administrativo de Bogotá y a la UGPP, para que manifestaran lo que consideraran pertinente.

1.6. Contestaciones

Remitidos los oficios correspondientes, intervinieron las siguientes autoridades:

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, lo que le permite reiterar los argumentos expuestos en la sentencia cuestionada.

² Folio 32 del expediente.



1.6.2. El Juzgado 12 Administrativo de Bogotá se limitó a remitir en calidad de préstamo el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 110001-33-35-012-2013-00739-02. Sin embargo, guardó silencio respecto al fondo del asunto.

1.6.3. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) argumentó que no existe evidencia de un daño o perjuicio irremediable y mucho menos de una afectación al mínimo vital de la actora, pues sigue percibiendo sus mesadas pensionales de manera puntual y habitual.

Aseguró que la entidad judicial demandada acató el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y que en su pronunciamiento se hizo un estudio profundo del caso. Indicó que la decisión se encuentra en firme por lo que la presente acción no es procedente.

Manifestó que no se logró demostrar cómo la autonomía del juez de la causa y su decisión judicial vulneró los derechos al debido proceso, igualdad y de acceso a la administración de justicia.

Concluyó que la decisión del Tribunal es acertada en lo relacionado con la reliquidación de la mesada pensional, con base en los factores realmente aportados al sistema.

Argumentó que no se desconoció el precedente, toda vez que la Sala de Decisión ha seguido la posición adoptada por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción tutela instaurada por el señor Jaime Alberto Maya Guerrero, 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.

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 el actor, al incurrir en desconocimiento del precedente



judicial, al negar la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; **ii)** estudio sobre los requisitos adjetivos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados se estudiará, **iii)** el caso en concreto.

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

Esta Sección, mayoritariamente³, 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 2012⁴ **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 tema⁵.

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 judiciales⁶.

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

³ 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.

⁴ 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.

⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁶ 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.



*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.***⁷ (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 2014⁸, 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.

⁷ 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.

⁸ 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.



En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁹ 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, 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 UGPP tramitado con el número de radicado No. 110001-33-35-012-2013-00739-02.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela pretende cuestionar el fallo

⁹ 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.



proferido el 31 de enero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, providencia judicial que fue notificada por correo electrónico del 12 de febrero de la misma anualidad, la cual quedó ejecutoriada el día 15 siguiente, y la solicitud de amparo fue radicada el 6 de abril de 2018, término que a juicio de la Sala resulta razonable.

Respecto a la subsidiariedad, la Sala encuentra que el accionante no dispone de otros medios de defensa judicial, ordinarios o extraordinarios, para censurar la providencia proferida por la mencionada autoridad judicial.

A saber, no se configuran las causas señaladas en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, para que proceda el recurso extraordinario de revisión.

A su vez, cabe resaltar que si bien los supuestos fácticos y jurídicos contenidos en la presente acción de tutela, se ajustan a la causal señalada en el artículo 258 ejusdem 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–; igualmente, debe tenerse en cuenta que el medio de control promovido por el 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.

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

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, se tiene que el apoderado del señor Jaime Alberto Maya Guerrero adujo que la Sección Segunda – Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en la decisión cuestionada en desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en donde indicó 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” (Negrilla fuera del texto original).

En sí, el reproche formulado por la parte actora radica en que la autoridad judicial cuestionada no accedió a la pretensión de reliquidación de la pensión 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”¹⁰.

Para efectos de resolver el presente asunto constitucional, lo primero que debe abordar la Sección es la forma como las diferentes Corporaciones de cierre en lo ordinario, contencioso y constitucional, han analizado el tema referente a la normativa que debe aplicarse para fijar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición.

2.4.1. Criterio de las Altas Cortes en relación con la aplicación del IBL en el régimen de transición

A la pregunta sobre la normativa que debe aplicarse para fijar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, debemos señalar que en un primer momento existían criterios encontrados entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, así:

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 ha mantenido una posición reiterada en relación con el tema¹¹, 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.

¹⁰ Folio 6.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, Rad. 33343 sentencia de 17 de octubre de 2008, MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en 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 2010,¹² señaló:

¹² CONSEJO DE ESTADO, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



“Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).”.

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, la normatividad aplicable en este caso para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y, especialmente, cuantía de la pensión de jubilación, son las Leyes 33 y 62 de 1985.

(...)

En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos,



normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación”.

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]*”¹³.

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

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



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 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 1993¹⁴.

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

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



contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:

“En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexecutable la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexecutable el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por ése artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013”.

3.2.2.2. *Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye **la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca***. (Negrilla por fuera de texto).

De lo transcrito, se concluye que las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado son contrarias en cuanto a los factores y el período a liquidar que debe cubrir el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la primera, este no incluye el ingreso base de liquidación – IBL, y para el segundo, aquél sí es un ítem que está cobijado por este régimen.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016, hizo referencia a cuándo debía o no aplicarse su precedente relacionado con el IBL. Al respecto señaló:



*“Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano **adquirió su estatus pensional** antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.*

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.
(Negrilla fuera del texto)

Ahora bien, esta Sala, con fundamento en la tesis expuesta en la sentencia T-615 de 2016, consideró en recientes providencias¹⁵ 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.

¹⁵ Frente a las cuales el ponente de esta sentencia salvó el voto.



- b. Si bien en esa posición se acepta que el precedente obligatorio es el de la Corte Constitucional, lo cierto es que condiciona su aplicación a que el derecho pensional **se cause después de proferida la sentencia de unificación SU-230 de 2015**, lo cual, implica que en la práctica el precedente de la Corte no es aplicable a ningún caso.

Lo anterior, toda vez que según el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece el régimen de transición que trata la Ley 100 de 1993, se extendió hasta el **31 de diciembre de 2014**.

En ese orden de ideas, **la última de las oportunidades para cumplir con los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición, fue para aquellas personas que al 31 de diciembre de 2014, adquirieron su estatus pensional**, pues después de esta fecha no es posible acogerse al régimen anterior, y empezó la aplicación plena de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, comoquiera que la referida sentencia de unificación, **SU-230 de 2015 fue proferida el 29 de abril de 2015**, y la última oportunidad para cumplir con los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, fue el **31 de diciembre de 2014**, queda claro que la posición que ahora modifica la Sección Quinta según la cual, dicha sentencia **solo aplica para los casos en los cuales se adquirió el derecho pensional con posterioridad a la providencia de unificación de la Corte Constitucional**, no tiene un efecto útil, pues **no hay ninguna posibilidad de que alguien adquiera su derecho, a la luz del régimen anterior, después del 6 de julio de 2015**, que fue la fecha en que se publicó la sentencia SU-230 de 2015 que reiteró la tesis expuesta por la Corte Constitucional, frente a los congresistas, respecto del IBL, a todos los beneficiarios del régimen de transición.

Además, aceptar simetría y no supremacía de las providencias de constitucionalidad y de unificación de la Corte Constitucional con las del Consejo de Estado atenta contra la unidad y coherencia del sistema jurídico y, de contera, contra los principios de seguridad jurídica, igualdad, y por sobre todo, contra los fines funcionales del derecho: a) certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y



restricción del poder político¹⁶.

Finalmente, destaca la Sección que reciente sentencia de unificación SU-395 de 2017, la Corte Constitucional consideró:

*«... 8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.** Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.*

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que “lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones”.

8.19. Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo...»

En concordancia con las consideraciones efectuadas en la providencia transcrita, se puede concluir que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en las providencias SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, cuya posición prima frente a las de las demás Altas Cortes, por ser el órgano encargado de la guarda de la Constitución, consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.4.2. Aplicación del precedente al caso concreto

¹⁶ Luis Recasens Siches.



Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en la SU-230 de 2015, cuya posición prima frente a las de las demás Altas Cortes, por ser el órgano encargado de la guarda de la Constitución, **consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.** En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21).

De lo anterior se desprende, que al ser esta la posición de la Corte Constitucional, expuesta en el marco de un análisis de constitucionalidad, debe ser este el precedente aplicable; consistente en que la interpretación correcta del mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha estado dirigida, entre otros a que el IBL para quienes estuvieron amparados por el régimen de transición quedará regido por la Ley 100 de 1993 (art. 21 y 36), y no por las normas de los sistemas pensionales antepuestos a la misma. Lo anterior, toda vez que con éste se recoge cualquiera otra posición contraria, por el alcance que tienen, se reitera, las sentencias de constitucionalidad que dicta la Corte Constitucional, **respecto de las cuales, criterios como el de favorabilidad, entre otros, no tienen aplicación, si se tiene en cuenta que es la sentencia de constitucionalidad la que fija el alcance de la norma y marca el sentido que siempre ha tenido la disposición que analiza.**

Por su parte, el señor Jaime Alberto Maya Guerrero, 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 salariales¹⁷ 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.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia atacada, concluyó lo siguiente:

¹⁷ De conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



“atendiendo a que el señor Jaime Alberto Maya Guerrero acreditó las exigencias requeridas para acceder al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se desprende siguiendo el precedente fijado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, que mientras lo relativo a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, se encuentran regulados por el régimen pensional anterior, la forma de liquidar dicha prestación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en el escrito de demanda la parte actora solicita la reliquidación pensional con el 75% de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios, periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2002, en el que devengó: asignación básica, prima técnica, auxilio alimentos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones.

Al respecto la Sala debe indicar que dicha pretensión no está llamada a prosperar, pues de acuerdo con lo expuesto en el acápite precedente, en las pensiones reconocidas por transición, el IBL se obtiene conforme a las reglas previstas en la Ley 100 de 1993 y los factores de salario que se tienen en cuenta, son aquellos dispuestos en el artículo 1o del Decreto 1158 de 1994, ya que para efectos de la transición, sólo se conservan de la normativa anterior las condiciones de edad, tiempo y porcentaje de la base de liquidación.

En este orden de ideas, como para el momento en que entró en vigor la Ley 100 de 1993 en materia pensional a nivel distrital, al demandante le hacían falta menos de 10 años para consolidar su derecho pensional, es claro que el IBL debía corresponder en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE y en cuanto a los factores de liquidación, los mismos debían corresponder a lo normado en el Decreto 1158 de 1994, como efectivamente lo realizó la entidad.”

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.**

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de negarse la acción de tutela, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para conceder el amparo, toda vez que la



providencia enjuiciada aplicó el precedente de la Corte Constitucional, el cual, se reitera, era el pertinente para efectos de resolver el caso.

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela interpuesta por el señor Jaime Alberto Maya Guerrero, 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 ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
Ausente con excusa


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

