

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN- Requisitos -marco normativo y jurisprudencial régimen de transición.

“Vistas así las cosas, la Sala advierte que muy a pesar que la misma Corte Constitucional en Sala Plena y en algunas de sus salas de revisión acogió la postura del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y la catalogó como *“jurisprudencia en vigor”*, brindando con ello certidumbre y convencimiento ciudadano sobre la viabilidad de ese razonamiento, el alto Tribunal Constitucional a partir de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 viene describiendo la interpretación del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como inconstitucional, porque en su decir conlleva a la concesión de un beneficio que no fue previsto originariamente por el legislador.

También se vislumbra que la sentencia de 25 de febrero de 2016 a través de la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado como juez contencioso administrativo fijó posición con respecto al alcance de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte, fue retirada del mundo jurídico y que la misma ha sido el sustento de varias decisiones de este Tribunal para continuar dando aplicación a la reiterada regla jurisprudencial que apunta a la integralidad del régimen pensional anterior en materia de factores salariales para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

A su vez, se observa que entre las providencias en sede de tutela proferidas por el Consejo de Estado no existe un único criterio que permita establecer una regla de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 distinto al de la Corte Constitucional, habida cuenta que esta corporación en sede abstracto de constitucionalidad fijó el alcance del IBL para quienes fueran beneficiarios del régimen de transición, lo que de conformidad con el canon 243 de la Carta, hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

Es de resaltar, que la mayoría de las decisiones proferidas al interior del Consejo de Estado y referenciadas en este proveído obedecen a su condición de juez constitucional y en esa medida se advierte que no existe consenso en las secciones Primera, Segunda, Cuarta y Quinta respecto de la importancia y obligatoriedad del precedente de la sentencia SU-258 de 2013 y SU-230 de 2015 frente al criterio adoptado en el 2010 por el juez contencioso.

Por lo anterior, al no poderse construir una posición sólida a partir de las decisiones expedidas al interior del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuanto a la prevalencia o no de la tesis reiterada desde la sentencia de 4 de agosto de 2010, resulta forzoso y con efectos de cambio de postura, acudir a la interpretación consolidada de la Corte Constitucional, que mantiene como regla imperante que el monto y el ingreso base de liquidación no forman parte del régimen de transición consagrado en el estatuto general, pues la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refiere a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo.

En efecto, en sentir de la Sala, la interpretación del pluricitado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señalada en la sentencia C-258 de 2013 cuyo alcance se precisa desde el Auto de Sala Plena No. 326 de 2014, más concreta y claramente a partir de la sentencia SU-230 de 2015, reiterada en sentencias SU-210, SU-395 y SU-631 de 2017, es la que resulta aplicable al asunto de marras, siendo en consecuencia un precedente vinculante y obligatorio para este Tribunal.

A esta conclusión llega la Sala, en virtud de la fuerza vinculante de la parte motiva y resolutive de los fallos de constitucionalidad y de la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, corporación que ha precisado que el acatamiento de estas decisiones obedece a las siguientes razones: (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como normas de normas; (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad y del acceso a la administración de justicia; (iii) seguridad jurídica y rigor judicial, en la medida en que es necesario

un mínimo de coherencia en el sistema jurídico y (iv) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima.”

(....)

“De la línea jurisprudencial transcrita puede extraerse que los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la norma que consagra el régimen de transición y al proferir sentencias de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales en este mismo tema, dan un contenido distinto al precedente judicial del órgano de cierre de lo contencioso administrativo sobre el principio de integralidad de los regímenes especiales.

Y que, no obstante, haber acatado la interpretación dada por el Consejo de Estado en diversas providencias, la misma Corte ha sido enfática en señalar que el concepto de jurisprudencia en vigor solo puede ser modificado por sus decisiones ya sea para establecer una línea jurisprudencial nueva o sentar una modificación de la jurisprudencia en vigor en determinada situación.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que resultaría contradictorio que para los regímenes especiales, como el de Congresistas y Magistrados, así como para aquellos eventos en que la transición opere para trabajadores oficiales, en los eventos en los que resulte aplicable la Ley 100 de 1990, se siga la regla que señala que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior y que para los demás servidores públicos no resulte procedente.

Por consiguiente, es obligatorio para este Tribunal darle prioridad al precedente jurisprudencial constitucional, máxime si, como ha quedado evidenciado, los pronunciamientos proferidos por el órgano de cierre de esta jurisdicción, en acatamiento a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, no cuentan con una regla que permita apartarse de sus considerandos y las proferidas en sede de tutela no permiten consolidar una postura distinta a la de la máxima autoridad constitucional, corporación que ha sido enfática en señalar que *“Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la*

jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.

Ahora, si bien algunas de las decisiones de tutela del Consejo de Estado como juez constitucional apuntan a modular la aplicación del precedente de la Corte partiendo de si el derecho pensional o el reclamo de la reliquidación se causó antes de la expedición de las sentencias de unificación de la Corte, lo cierto es esta misma corporación no admite tal circunstancia, pues ha sido enfática en precisar que sus decisiones deben ser acatadas debido a que sus efectos son *erga omnes*.

Al respecto, la Sala reitera el precepto legal contenido en el artículo 45 de Ley 270 de 1996 – Ley Estatutaria de Administración de Justicia- que prevé que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro a menos que la corte resuelva lo contrario”*.

Además, ha sido la misma Corte quien ha propugnado por hacer prevalecer su función constitucional de adelantar el control abstracto de constitucionalidad, como órgano principal al que *“se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”*.

(...)

“Por todo lo expuesto, la Sala cambia su postura, en el entendido que la transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y, en efecto excluye el promedio de liquidación, en tanto que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que regula la aplicación del régimen de transición, determina las reglas para ese fin, y en su defecto las del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.”

(...)

“En consecuencia, aplicando la postura adoptada por la Sala en virtud de las providencias de unificación a que se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia, la liquidación de la pensión del actor debía realizarse sobre el ingreso base de liquidación de los últimos diez (10) años de servicios, toda vez que estaba inmerso en el tránsito normativo de la Ley 100 de 1993, como en

efecto lo realizó la entidad demandada, esto es, con los factores a que se refiere el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, al no ser consonante con el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-210, SU-395 y SU-631 de 2017, antes reseñadas, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, que dando aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ordenó la reliquidación de la pensión del accionante con la inclusión de los factores salariales de que tratan las leyes 33 y 62 de 1985 y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda”.

FUENTE FORMAL: Ley 100 de 1993/Ley 33 de 1985/ Ley 71 de 19887 Ley 446 de 1998/ Ley 712 de 2001.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias tenidas en cuenta en esta decisión: Acción de tutela con radicación No. 11001-03-15-000-2016-00103-00/ la Sección Cuarta, en fecha 13 de octubre de 2016, dentro de la acción de tutela con radicación No. 11001-03-15-000-2016-01334-00/22 de junio de 2017, dentro del expediente No.11001-03-15-000-2016-03469-01 la Sección Quinta/27 de julio de 2017, dentro de la acción de tutela con radicación No. 11001-03-15-000-2017-01314-00(AC/ sentencia del once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01082-01/C-789 DE 2002/ C-314 de 2004/C-428 de 2009/C-258 de 2013/ C-608 de 1999/T-615 de 2010/SU-210 de 2017/ SU-230 de 2015/ SU-631 de 2017.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA QUINTA DE DECISIÓN

M.P. Dra. LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Neiva, catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandantes: Pablo Emilio Chala Perdomo

Demandado: Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones

Radicación: 41-001-33-31-001-2012-00059-01

Acta No. 015

Temas: Jurisdicción competente en juicios contra entidades públicas por asuntos de trabajo - Régimen de Transición, Marco Normativo y Jurisprudencial – Ingreso Base de Liquidación, Interpretación jurisprudencial de las altas cortes, jurisprudencia en vigor y precedente jurisprudencial –concepto.

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia 31 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Neiva, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

1.- Antecedentes

El señor Pablo Emilio Chala Perdomo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la reliquidación de su pensión de jubilación, solicitando se concedan las siguientes,

1.1.- Pretensiones (folios 1 a 3)

“PRIMERA: Que se declare la NULIDAD del acto administrativo ficto o presunto generado con ocasión del silencio administrativo negativo respecto a la solicitud de reliquidación impetrada a la (sic) INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el

día 14 DE JULIO DE 2011, y con el que se NEGÓ la RELIQUIDACION de la Pensión de Vejez que percibe mi poderdante, conforme al Artículo 40 del Código Contencioso Administrativo.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaratoria de NULIDAD del Acto ficto acusado y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a que reconozca y pague la RELIQUIDACIÓN de la Pensión Vitalicia que percibe mi poderdante PABLO EMILIO CHALA PERDOMO, en los términos previstos en el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, sobre un Ingreso Base de Liquidación constituido con el promedio de la totalidad de los factores salariales realmente devengados en el último año de servicios; lo anterior por ser beneficiario del Régimen de Transición contemplado en el inciso segundo del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

TERCERA: Que se CONDENE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a RECONOCER Y PAGAR a favor de mi poderdante PABLO EMILIO CHALA PERDOMO la RELIQUIDACION de la Pensión de Vejez que percibe, conforme al marco jurídico prestacional que le es aplicable y teniendo en cuenta para ello el promedio de la totalidad de los factores salariales realmente devengados en el último año de servicios, LAPSO COMPRENDIDO ENTRE EL 01 DE ABRIL DE 2.008 HASTA EL 31 DE MARZO DE 2.009, conforme a la tabla que se enseña en el numeral NOVENO del acápite de los Hechos; lo anterior al tenor de lo establecido en el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y sentencia de unificación del CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SALA PLENA, radicación 25000 23 25 000 2006 07509 01 (0112-09) de 4 de Agosto de 2010, M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, con efectos fiscales a partir del 1 de Abril de 2.009, día siguiente a la fecha de retiro definitivo del servicio público y consecuentemente fecha de causación de la prestación.

CUARTA: Que se CONDENE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a RECONOCER Y PAGAR a favor del señor PABLO EMILIO CHALA PERDOMO, de acuerdo a la normatividad y en los términos mencionados en el numeral precedente, la diferencia pensional existente entre la prestación inicialmente reconocida y la que a través de esta Acción se solicita, retroactivamente a partir del 01 de Abril de 2.009 y hasta que se incluya en nómina el valor reliquidado de la prestación y las diferencias dejadas de percibir, conforme a la sentencia condenatoria emitida por su señoría.

QUINTA: Condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar en forma actualizada junto con la correspondiente indexación las sumas de dinero adeudadas, de acuerdo a la variación del índice de Precios (sic) al Consumidor certificado por el DANE, teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 178 del C.C.A., desde el momento en que el derechos e hizo exigible y hasta el momento en que se incluya en nómina el valor reliquidado de la prestación y las diferencias dejadas de percibir.

SEXTA: La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y se ajustarán dichas

condenas tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, conforme a lo dispuesto por el artículo 179 del C.C.A.

SÉPTIMA: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la Entidad demandada.”

1.2.- Hechos (folios 4 a 8)

Como sustento fáctico la parte actora expuso lo siguiente:

1.2.1.- Señaló que el demandante nació el 4 de septiembre de 1951, por lo que a la fecha de entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 contaba con cuarenta años de edad, lo que lo hizo beneficiario del régimen de transición.

1.2.2.- Precisó que a través de resolución No. 0125 de 16 de febrero de 2011, el Instituto de Seguros Sociales resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 1633 de marzo de 2009 y ordenó la modificación del acto administrativo atacado y en su defecto reconoció pensión de jubilación en favor del señor Pablo Emilio Chala Perdomo en cuantía inicial de \$544.333.00, efectiva a partir del 1º de abril de 2009.

1.2.3.- Indicó que la prestación reconocida al señor Pablo Emilio Chala Perdomo se efectuó en los términos de la Ley 33 de 1985, liquidándose el Ingreso Base de Liquidación con el promedio de lo devengado o cotizado en los últimos diez (10) años de servicio, aplicando como tasa de reemplazo el 75% de la operación de conformidad con el artículo 1º de la citada Ley y el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con la inclusión de los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

1.2.4.- Manifestó que mediante solicitud radicada el 14 de julio de 2011 requirió al Instituto de Seguros Sociales la reliquidación de la prestación que percibe, en los términos de la Ley 33 de 1985 con la incursión del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, solicitud que a la fecha de presentación de la demanda de la referencia, no había sido resuelta de fondo, configurándose el silencio administrativo negativo al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A.

1.2.5.- Resaltó que por ser beneficiario del régimen de transición y ostentar la calidad de servidor público por más de veinte (20) años, en virtud del principio de favorabilidad, el marco jurídico aplicable a su situación prestacional es el que se encontraba vigente antes del 1º de abril de 1994.

1.2.6.- Afirmó que el demandante prestó sus servicios al municipio de Campoalegre (Huila) desde el 23 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 2009, esto es, por espacio de 27 años, 01 mes y 08 días, lo que equivale a 9758 días - 1.394 semanas.

1.2.7.- Anotó que para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y el valor inicial de su pensión de vejez se debe promediar la totalidad de los factores salariales efectivamente devengados en el último año de servicios, lapso comprendido entre el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de marzo de 2009, fecha de retiro del servicio público.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación (folio 8 -25)

La parte actora señaló como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 13, 48, 53 y 83 de la Constitución Política, artículos 3, 82, 85, 134^a, 134B, 135 a 139 y 206 del C.C.A., ley 33 de 1985, artículos 36 y 288 de la ley 100 de 1993 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Como sustento de lo anterior trajo a colación los conceptos de seguridad social, pensión de jubilación y régimen de transición.

Hizo alusión a 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 la nueva Ley, en lo que atañe a la edad y tiempo de servicios 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.

Resaltó que al no acceder a la reliquidación de la pensión del actor, la entidad demandada le cercenó la posibilidad de acceder a los mecanismos de protección en materia de cambios normativos debido al tránsito de la legislación en materia pensional sin que se vieran afectados sus intereses prestacionales, pues aunque al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones no se había estructurado en su favor el estatus pensional, sí tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho en la condiciones que le eran mas favorables.

Indicó que la reliquidación de la pensión del actor obedece a situaciones de índole legal como constitucional, por el hecho de ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que se debe dar cabal cumplimiento al artículo 1º de la Ley 33 de 1985, disposición que debe aplicarse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en garantía de los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formas, favorabilidad en materia laboral y progresividad.

Añadió que conforme al marco jurídico aplicable a la situación prestacional del señor Pablo Emilio Chala Perdomo y los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado, es procedente y válido tener en cuenta para efectos de estimar la cuantía de la pensión de vejez, la totalidad de los factores salariales

devengados en el último año de servicios, esto es, la totalidad de las sumas que el servidor público recibe de manera habitual y periódica como contraprestación directa de los servicios prestados.

Respecto de los factores, relacionó la asignación básica, primas de navidad, de servicios y de vacaciones, bonificaciones, auxilios, subsidios, horas extras y recargos por todo tipo, incrementos por antigüedad, quinquenios y en general cualquier otro emolumento que se pague como retribución por los servicios, agregando que deben tenerse en cuenta independientemente de la denominación que se les dé, pues el señalamiento de estos conceptos previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en las Leyes 33 y 62 de 1985, se hacen solo en forma enunciativa o ilustrativa.

1.4.- Contestación de la demanda (folio 48-51)

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que al actor le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con los reportes de cotización efectivamente acreditados los cuales figuran en la historia laboral del señor Chala Perdomo.

Señaló que la persona que reclame un derecho pensional, tiene que haber cumplido con los requisitos que exige la ley, y en el presente caso, la parte actora solicitó su derecho a pensión cuando cumplió con los presupuestos según el régimen aplicable a su caso.

Indicó que al actor no se le ha vulnerado derecho alguno, pues el Instituto de Seguros Sociales le reconoció su derecho desde el momento en que se comprobó que cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Afirmó que para la expedición del acto administrativo que se demanda se tuvieron en cuenta los factores salariales establecidos al momento de la

liquidación de la prestación y que los reclamados no fueron objeto de aportes a la seguridad social y por tanto la reliquidación contraría los principios de legalidad y sostenibilidad del régimen pensional.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado o cobro de lo no debido, pago y la que de oficio se advierta.

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1.- Parte demandante (folio 109-114)

El apoderado del actor adujo que en el proceso se acreditó que el señor Pablo Emilio Chala Perdomo es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de entrada en vigencia de este estatuto, contaba con cuarenta (40) años de edad y había prestado sus servicios por más de veinte (20) años al sector público.

Reiteró que la prestación pensional le fue reconocida de forma desacertada, contrariando postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales e irrespetando el legítimo derecho del actor de ser beneficiario del tránsito normativo.

1.5.1.- Parte demandada (folio 115-117)

A través de apoderado, Colpensiones¹ describió el traslado indicando que la aplicación indebida de normatividad diferente a los beneficiarios del régimen de transición llega al punto de generar graves consecuencias de orden económico al régimen de seguridad social y afecta de manera directa la estabilidad del sistema pensional.

Recordó lo plasmado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y precisó que el régimen de transición es 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 servicios o número de semanas cotizadas y monto de pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Anotó que el régimen pensional antes de la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, lo contemplaba la Ley 33 de 1985, estatuto que dispuso en su artículo 1º, que el mismo no se aplicaría a los empleados oficiales que desarrollan actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones.

Con fundamento en lo anterior, trajo a colación la sentencia C-258 de 2013 y explicó que en esta providencia la Corte se pronunció respecto al tema de los factores salariales aclarando que las interpretaciones del Consejo de Estado en esta materia, conducen a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.

Hizo referencia al carácter vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes, advirtiendo que esta es solo un criterio auxiliar de interpretación sin verdadera obligatoriedad por razones de coherencia del sistema jurídico, garantía del

¹ Mediante proveído de del 13 de febrero de 2013 el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Neiva, tuvo a Colpensiones como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales (folio 68-69)

derecho a la igualdad, garantía del principio de legalidad, seguridad jurídica, interpretación armónica e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad.

Resaltó que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional está fundada en el respeto al principio de seguridad jurídica, el cual implica el acatamiento de las normas superiores, la unidad y la armonía de las demás dispositivas normativas con éstas, de manera que al ser la Corte el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sus determinaciones resultan ser fuentes de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta.

Afirmó que la interpretación que en su momento realizó el Consejo de Estado respecto a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al monto pensional y a los factores salariales se refiere, resulta ser arbitraria y contraria a la establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y el precedente judicial consolidado de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, indicó que de accederse a las pretensiones de la demanda se violaría el acto legislativo No. 01 de 2005, el principio constitucional de sostenibilidad presupuestal, el principio de solidaridad y el principio de legalidad.

II.- La sentencia recurrida (folio 136-145)

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Neiva en sentencia del 31 de octubre de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto negativo generado con ocasión de la no contestación por parte de la entidad demandada de la petición del 14 de julio de 2011.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordena al Instituto de Seguros Sociales - ISS hoy Colpensiones, efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor PABLO EMILIO CHALA PERDOMO, identificado con la C.C. No. 4.894.334 de Campoalegre (H) teniendo en cuenta los factores ya computados en los actos administrativos de reconocimiento pensional y con la inclusión actual pertinente de los factores de Auxilio de alimentación, Auxilio de transporte, Prima de Antigüedad y Prima de Vacaciones, con efectos desde el 1 de abril de 2009.

Así mismo se procederá a efectuar el descuento por los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se hubiere efectuado deducción legal.

Las diferencias que resulten de la reliquidación serán reajustadas en los términos del Art. 178 del C.C.A., siguiendo para esto la fórmula dada en la parte motiva de esta providencia. Se reconocerán intereses conforme a lo dispuesto en el Art. 177 del C.C.A., en cuando se den los supuestos de hecho allí determinados.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Dese cumplimiento a la sentencia, dentro de los términos establecidos en el Art. 176 del C.C.A.

Téngase en cuenta que las sentencias judiciales que afecten fondos de prestaciones de vejez que estuviesen a cargo del ISS en liquidación serán cumplidas por COLPENSIONES (artículo 35 del Decreto 2013 de 2012).

TERCERO: NEGAR las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: NO CONDENAR en costas para ninguna de las partes.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, una vez ejecutoriada, expídanse copias con destino a las partes y al Agente del Ministerio Público, de acuerdo con las prescripciones contenidas en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente, una vez hechas las anotaciones correspondientes y por Secretaría devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó cancelar para gastos ordinarios del proceso si la hubiere. Déjese las constancias de las entregas que se realicen.”

Para arribar a esta decisión, el *a quo* inicialmente hizo alusión a la posición del Consejo de Estado relacionada con los factores salariales a tener en cuenta al momento de la liquidación pensional, adoptada en decisión de 4 de agosto de 2010, dentro del proceso con radicación No. 25 000 23 25 000 2006 07509 01 (0112-09).

Luego de analizar el material probatorio, concluyó que la situación del actor no se gobierna por la ley 100 de 1993, toda vez que había alcanzado uno de los requisitos que lo hacían acreedor al régimen de transición previsto en el artículo 36 del estatuto de seguridad social, como era tener más de 40 años a su entrada en vigencia, en consecuencia precisó que la pensión de jubilación del señor Chala Perdomo se rige por lo dispuesto en la ley 33 de 1985.

Por lo anterior, concluyó que el acto acusado, en cuanto a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, resultaba contrario al ordenamiento jurídico y como consecuencia de ello había lugar a liquidar la pensión del actor sobre los factores devengados que tengan connotación salarial y no estén limitados en la Ley.

Señaló que los conceptos de vacaciones e indemnización por vacaciones no podían ser incluidas en la base de liquidación pues las mismas no se constituyen en salario o prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador.

Por último, dijo no estar probada la excepción de prescripción de mesadas, teniendo en cuenta que el actor petitionó la reliquidación en fecha 14 de julio de 2011 y que la pensión de jubilación le fue reconocida a partir del 1º de abril

de 2009 mediante resolución No. 0125 de 16 de febrero de 2011, con la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 1633 de marzo de 2009.

2.1.- La apelación

2.1.1.- Colpensiones

A través de apoderado, Colpensiones manifestó estar inconforme con la sentencia, indicando que el señor Pablo Emilio Chala Perdomo se desempeñó durante toda su vida laboral como obrero permanente auxiliar, es decir como trabajador oficial, y en este caso, no aplica el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 la cual aplica para los empleados públicos que son los únicos sujetos al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes incluyendo los factores salariales del último año.

Dijo que el a quo desconoció que el artículo 48 de la Constitución Política y ordenó el reconocimiento y pago de una reliquidación de pensión de vejez sin que se haya acreditado el derecho a la misma, teniendo en cuenta unos factores salariales que no fueron objeto de cotización.

Reiteró las normas contenidas en los artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 33 de 1985 e insistió en que la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional emitió pronunciamiento respecto al tema de los factores salariales en la cual adoptó las reglas de interpretación del régimen de transición que venían siendo objeto de pronunciamiento a través de sus providencias y en las que se subraya de manera enfática que las autoridades administrativas deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la Ley.

Nuevamente se pronunció sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes, señalando que esta es solo un criterio auxiliar de interpretación sin verdadera obligatoriedad por razones de coherencia del sistema jurídico, garantía del derecho a la igualdad, garantía del principio de legalidad, seguridad jurídica, interpretación armónica e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad.

Resaltó que resulta válido y necesario apartarse del precedente judicial emanado por el Consejo de Estado a través de sus sentencias de unificación y precedente judicial sobre la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo por el desarrollo jurisprudencial que sobre tal punto ha hecho la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sino también porque el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, además de ordenar la extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a los terceros, contempla la posibilidad fáctica que el operador administrativo niegue la petición que en ese sentido se eleva, cuando entre la situación jurídica del solicitante y la resuelta en la sentencia exista una discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables.

2.1.2.- Parte demandante (folio 153-55)

Sustentó su alzada en que la decisión del censor de primera instancia negó la inclusión de los factores de prima de servicio y prima de navidad, los cuales fueron devengados por el actor en el último año de servicios.

Por lo anterior, solicitó que se adicione en tal sentido la providencia incluyendo en el cálculo del ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos por el señor Chala Perdomo en el último año de servicios.

III.- Alegatos de conclusión en segunda instancia

3.1.- Parte demandante (folio 10-15 cuaderno de segunda instancia No. 1)

La parte actora alegó de conclusión a través de memorial de 8 de abril de 2015, manifestando que en la sentencia no se ordenó la inclusión en el cálculo de ingreso de base de liquidación los conceptos de prima de servicios y prima de navidad, lo cual no es consecuente con la exposición realizada a lo largo de la decisión.

3.2.- Parte demandada

Mediante escrito de 7 de abril de 2015², el apoderado de Colpensiones expuso que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, siendo aplicable el criterio que señala que el monto de las mismas debe corresponder con el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas o del capital para financiarlas.

Por ello la administradora de pensiones no puede ser compelida a reconocer una pensión por un valor superior al que corresponde de acuerdo con el salario base asegurado según las reglas de cada una de las prestaciones salvo en los eventos en que habiéndose presentado una cotización deficitaria por ser el salario real superior, el patrono o entidad empleadora cancele previamente el capital constitutivo correspondiente al mayor valor de la prestación.

Reiteró que en la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional se pronunció con respecto al tema de los factores salariales y señaló que la regla que se viene aplicando de ingreso base liquidación, de acuerdo a interpretaciones de la norma tales como la expuesta por el Consejo de Estado

² Folio 7-9 cuaderno de segunda instancia No. 1

conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.

Posteriormente, y con ocasión a lo dispuesto por auto de 24 de julio de 2017³, por escrito de 16 de agosto de 2017⁴, el apoderado reiteró los argumentos de la alzada e hizo alusión a las recientes providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la postura que el órgano de cierre constitucional plasmó en sentencia C-258 de 2013, el cual enfatiza en que a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional.

Al respecto mencionó las sentencias T- 078 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017 y SU-395 de 2017 proferidas por la Corte Constitucional y la sentencia de 25 de febrero de 2016 del Consejo de Estado dictada en el proceso con radicación No. 2016-00103.

3.3.- Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público, en esta oportunidad, no emitió concepto.

IV.- Consideraciones

Con el fin de plantear el tema central del debate, precisa la Sala que el análisis de la sentencia apelada se limitará a los puntos controvertidos en los recursos de apelación interpuestos por las partes, toda vez que son los parámetros que

³ Mediante esta providencia se dejó sin efectos lo actuado en segunda instancia, a partir del auto de 13 de marzo de 2015, por el cual se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en la medida que en el trámite no se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, simplemente el impetrado por la entidad demandada. (folio 336 cuaderno de segunda instancia No. 2)

⁴ Folio 341-344 cuaderno de segunda instancia No. 2

fijan el ámbito de competencia del superior en los términos del artículo 357 del C.P.C.

Teniendo en cuenta que el *a quo* en la sentencia recurrida, declaró la nulidad del acto administrativo ficto relacionado en el *petitum*, corresponde a la Sala determinar, si la pensión del actor debe reliquidarse conforme lo establecido en el régimen anterior a la ley 100 de 1993 (artículo 1º de la Ley 33 de 1985) incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

En caso de ser procedente la reliquidación, la Sala verificará la inconformidad de la parte actora, en cuanto a que en la decisión de primera instancia no se ordenó la inclusión de los factores de prima de servicios y prima de navidad.

Como cuestión previa la Sala profundizará en el estudio de la alegada inaplicación del artículo 1º de la ley 33 de 1985 a la situación particular del demandante, a partir del establecimiento de cuál es la jurisdicción competente para dirimir asuntos de índole laboral en los que sea parte una entidad pública, en virtud a que el apoderado de la demandada dice en el recurso que el señor Pablo Emilio Chala Perdomo ostentaba la condición de trabajador oficial.

Seguidamente, para efectos de determinar el régimen jurídico aplicable al actor, se analizará el marco normativo y jurisprudencial del régimen de transición, para luego estudiar la interpretación de las altas cortes, en materia de liquidación del ingreso base de liquidación, a partir del precedente plasmado en la sentencia C-258 de 2013 y reiterado en la sentencia SU-230 de 2015. Por último, se estudiará el caso concreto.

4.1.- Jurisdicción competente en juicios contra entidades públicas por asuntos de trabajo

Los artículos 132 numeral 2 y 134B numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, modificado y adicionado respectivamente por los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998, asignan a los tribunales y a los jueces administrativos en primera y en única instancia, en atención a la cuantía de las pretensiones, la competencia para decidir las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, ***“que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad”***.

Esta competencia la corroboran los numerales 1 y 3 del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 712 de 2001, en cuanto disponen que la *“jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social”*, conoce de *“[l]os conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”* y de los asuntos referentes *“al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”*.

En el sub - examine, señala la entidad recurrente, que el señor Pablo Emilio Chala Perdomo laboró como obrero permanente, de suerte que el litigio en el cual se decida su pretensión se debe ventilar dentro del ámbito de competencia de la manifestación laboral de la jurisdicción ordinaria y no en la contencioso administrativa por tratarse de un trabajador oficial.

A partir de este cargo, procede la Sala a anotar la diferencia que existe entre *servidor público, empleado público, y trabajador oficial*, y a explicarla de la siguiente manera.

Para empezar, resulta preciso anotar que el término *“servidor público”* comprende a todos los trabajadores que laboran para el Estado. Así pues, los *empleados públicos* y los *trabajadores oficiales* son *servidores*

públicos. Dicho en otras palabras, los servidores públicos son el género, y los empleados públicos y los trabajadores oficiales son especies de ese género.

Ahora bien, son empleados públicos las personas que laboran en los Ministerios, en los Establecimientos Públicos, en las Superintendencias, en los Departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital, en labores distintas de las de construcción y sostenimiento de obras públicas. Los que laboran en esas entidades en la construcción y sostenimiento de obras públicas son *trabajadores oficiales*.

Así por ejemplo, una persona que labore en un ministerio ejecutando funciones administrativas será empleado público; y, a *contrario sensu*, si sus funciones están relacionadas directamente con la construcción y sostenimiento de obras públicas, será trabajador oficial.

Anteriormente se hablaba de “*trabajador de pico y pala*” para referirse al trabajador oficial y distinguirlo así del empleado público. De esa manera, la secretaria, el auxiliar de [contabilidad](#), el mensajero, el analista, etc., será empleado público. Y el obrero que participa en la construcción de la obra, el conductor de la volqueta, el supervisor del personal de la obra, [el jefe](#) de cuadrilla, el electricista, etc., será trabajador oficial.

4.1.1.- La jurisdicción competente en el caso concreto

Como vimos, la parte demandada alega que en el presente caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la competente para conocer del asunto puesto a consideración de la Sala, pues el señor Pablo Emilio Chala Perdomo ostenta la calidad de trabajador oficial.

Revisado el expediente, tenemos que la Alcaldía Municipal de Campoalegre (Huila) certificó que el señor Pablo Emilio Chala Perdomo laboró para ese ente

territorial desde el 23 de febrero de 1982 hasta el 31 de marzo de 2009 cumpliendo funciones de Auxiliar de Servicios Generales.

Obran en el plenario⁵, copia de los manuales de funciones del cargo en mención para los años 1998, 1999, 2004 y 2005, entre las cuales, se encuentran reseñadas las siguientes:

- Decreto No. 127 de 2005 (folio 102 cuaderno de segunda instancia).

“1. Recibir, clasificar, radicar y distribuir documentos, datos, elementos y correspondencia que llegue a la Alcaldía para cumplir con las instrucciones impartidas.

2. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada, de conformidad con los procedimientos establecidos.

3. Realizar labores propias de los servicios generales que demande el área para colaborar con el cumplimiento de la misión.

4. Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran para facilitar el cumplimiento de las labores encomendadas.

5. Ejercer el autocontrol en todas las funciones que le sean asignadas para garantizar su correcta ejecución.”

- Decreto 079 de 2004 (folio 168 cuaderno de segunda instancia).

“1. Mantener en perfecto estado de limpieza los equipos, muebles y elementos de las dependencias de la Alcaldía.

2. Atender con agilidad y amabilidad visitantes que estén en espera de ser atendidos en las dependencias de la Alcaldía.

3. Responder por el buen uso y mantenimiento de los equipos y elementos de trabajo que tengan asignados.

4. Cumplir las normas de seguridad y prevención de accidentes en el desempeño de sus funciones.

5. Garantizar la buena presentación y orden de las oficinas.

6. Realizar el aseo y lavado diario de las instalaciones de dichos establecimientos.

7. Procurar que los desperdicios y basuras sean retirados de dichos lugares oportunamente, por parte de los respectivos usuarios y recolectores del municipio.

9. Solicitar los elementos de aseo y demás que necesita oportunamente.

⁵ Folios 26 a 331 cuadernos de segunda instancia

10. Evitar el ingreso de animales callejeros a las instalaciones mencionadas.

11. Entregar la correspondencia y demás documentos que produzca las diferentes dependencias.

- Decreto 050 de 1999 (folio 246 cuaderno de segunda instancia)

“1. Mantener limpios y bien presentados los pisos, muros, mobiliarios, sanitarios, ventanas, puertas, utensilios y los equipos de las dependencias que le asignen y retirar el polvo de los muebles y útiles de oficina.

2. Utilizar dado el caso, aparatos y equipos electrodomésticos para el desempeño de sus labores.

3. Atender el mantenimiento y aseo de los aparatos equipos y demás elementos de trabajo.

4. Realizar labores de cafetería, en cada una de las dependencias que le sean asignadas.

5. Colaborar con la distribución de la correspondencia interna y con otras labores sencillas de mensajería.

6. Solicitar oportunamente a su superior inmediato la elaboración de los pedidos de suministro de los elementos necesarios para el desempeño de sus labores.

7. Dar el tratamiento adecuado a las basuras, de acuerdo con las instrucciones recibidas, evitando la contaminación del medio ambiente.

8. Realizar las reparaciones menores a los muebles y equipos de oficina.

9. Efectuar las labores de mantenimiento, reparación y embellecimiento del edificio de la Alcaldía Municipal.

10. Mantener el aseo y el embellecimiento del frente del palacio municipal.”

- Decreto 093 de 1998 (folio 324, 325 y 328 Cuaderno de segunda instancia)

“1. Mantener en perfecto estado de aseo los parques del Municipio y las vías de acceso.

2. Regar, podar y sembrar los prados, matas y árboles ornamentales que se encuentran plantados en los parques.

3. Abonar periódicamente los prados y plantas sembradas en los parques.

4. Solicitar las herramientas y elementos necesarios para el buen mantenimiento de los parques y responder por cada uno de ellos.

5. Solicitar al superior inmediato, apoyo de la administración Municipal para el suministro de avisos y señales que sugieran a la ciudadanía el cuidado de los árboles, prados y jardines y el aseo permanente de los parques.

6. Informar al Alcalde o autoridad competente sobre los daños que detecte y que se hayan hecho en forma dolosa para que se inicie la investigación correspondiente.

“(...)

1. Abrir y cerrar el cementerio, cumpliendo el horario que le ha sido impuesto.

2. Cavar las fosas y practicar todos los oficios propios de un entierro.

3. Requerir la exhumación de los cadáveres, previa exigencia d la orden expedida por la autoridad competente, responder por la seguridad del cementerio.

4. Informar a su superior inmediato sobre cualquier tipo de irregularidad que se presente y de todo hecho que amenace la seguridad del cementerio

5. Hacer el aseo diario y velar por su mantenimiento

6. Hacer un manejo adecuado de las basuras y desechos para evitar focos de contaminación.”

(...)

1. Realizar labores operativas y/o auxiliares que le sean asignadas en el acueducto municipal.

2. Realizar las labores operativas y/o auxiliares que le sean asignadas en la plaza de mercado y pabellón de carne.

3. Hacer la recolección de basuras en el municipio.

4. Dar el tratamiento adecuado a las basuras, de acuerdo con las instrucciones recibidas, evitando la contaminación del medio ambiente.

5. Realizar reparaciones menores a los muebles y equipos de oficina.

6. Efectuar labores de mantenimiento, reparación y embellecimiento del edificio de la Alcaldía Municipal.

7. Cargar y descargar material de obra u otros elementos, en los vehículos del municipio.

8. Realizar el traslado de muebles, equipos y enseres del municipio a los lugares que le sean indicados.

9. Mantener el aseo y el embellecimiento de las calles y parques del municipio.

10. Prestar el servicio de conexión y reparaciones eléctricas a la Alcaldía Municipal.

11. Prestar el servicio de vigilancia a las instalaciones físicas del municipio cuando se requiera.

(...)”

- Decreto No. 127 de 2005 (folio 330 – 331 cuaderno de segunda instancia)

“1. Recibir, clasificar, radicar, distribuir documentos, datos, elementos y correspondencia que llegue a la Alcaldía para cumplir con las instrucciones impartidas.

2. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada de conformidad con los procedimientos establecidos.

3. Realizar labores propias de los servicios generales que demande el área para colaborar con el cumplimiento de la misión.

4. Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran para facilitar el cumplimiento de las labores encomendadas

5. Ejercer el autocontrol den todas las funciones que le sean asignadas para garantizar su correcta ejecución.”

De la lectura de los manuales, puede advertirse que las funciones de que trata cada uno de ellos para el cargo de auxiliar de servicios generales, no se circunscriben a aquellas que puedan ser ejercidas por trabajadores oficiales, y en esa medida, al no encontrarse probado que el señor Pablo Emilio Chala ostentaba tal calidad, debe considerarse que este estuvo vinculado al municipio de Campoalegre (Huila) en la modalidad de empleado público.

Por esta razón, siguiendo el derrotero planteado anteriormente, pasa la Sala a determinar el régimen jurídico aplicable al caso sub examine, a partir del análisis de la normatividad que gobierna el régimen pensional de estos servidores y los beneficios del régimen de transición, así como la jurisprudencia que rige la materia.

4.2.- Marco Normativo y Jurisprudencial del Régimen de Transición

La ley 100 de 1993, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

“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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos (aparte destacado declarado inexequible).~~

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

Conforme a la disposición anterior, quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

El régimen de transición, se constituyó entonces, en un mecanismo de protección legal para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afectara a quienes, si bien, a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100, aún no habían consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tenían una expectativa válida para obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

Sobre las garantías que comporta el régimen de transición, la Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 2002, señaló:

“La creación de un Régimen de Transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”.

En un sentido similar, la sentencia C-314 de 2004 anotó que en los cambios de normatividad debía considerarse el principio de la confianza legítima que protege algunas expectativas fundadas en la buena fe, al respecto precisó:

“...No se trata, por supuesto, de que esta confianza legítima impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan

generado derechos adquiridos, si han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la legislación”.

En el mismo sentido la sentencia C-428 de 2009 sostuvo que cualquier tránsito normativo debe atender a los principios de justicia y equidad. La Corte se pronunció en los siguientes términos:

“...También ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas por la prevalencia de su potestad configurativa, y que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, por lo que las expectativas legítimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado, deben ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador y no pueden ser modificadas de una manera arbitraria por parte del Legislador en contraposición de la confianza legítima de los ciudadanos”.

Ahora bien, debe precisarse que para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.

En esa medida, el régimen que resulte aplicable dependerá de las condiciones que el afiliado acreditaba al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (para los empleados del orden nacional 1º de abril de 1994 y para los empleados territoriales 30 de junio de 1995).

Esto es, quienes a esa fecha acrediten servicios únicamente en el sector público, la norma aplicable es el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en razón de lo cual el afiliado podrá pensionarse a los 55 años de edad con 20 años de servicio en el sector público, bien sea en forma continua o discontinua y quienes a esa fecha contaban con tiempos de servicio tanto en el sector público como en el sector privado, pueden beneficiarse de las condiciones

establecidas en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988⁶, disposición que permite la acumulación de tiempos de servicio en ambos sectores.

Debe anotar la Sala que, posterior a la entrada en rigor del Sistema General de Pensiones, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política, dispuso imperativamente que el Estado respetará los derechos adquiridos conforme a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.

El citado Acto Legislativo modificó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, estableciendo una regla general:

"Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014". "Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

4.2.- Régimen de transición en el caso concreto y marco jurídico aplicable al actor

A fin de determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, tenemos que en el medio magnético contentivo de los antecedentes administrativos obra registro civil de nacimiento del señor Pablo Emilio Chala Perdomo, del cual se advierte que éste nació el 4 de septiembre de 1951, por tanto, para la fecha de entrada en vigencia el Sistema General

⁶ Ley 71 de 1988. "Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer."

de Pensiones para los empleados territoriales (30 de junio de 1995), tenía más de cuarenta (40) años de edad.

También se encuentra acreditado que el actor a la entrada en rigor del Régimen General de Pensiones había laborado de manera ininterrumpida para el Municipio de Campoalegre - Huila desde el 23 de febrero de 1982 conforme a la certificación visible de folio 97 a 105, esto es, por espacio de 11 años, 4 meses, y 7 días.

No obstante, resulta evidente que el demandante se hizo beneficiario del régimen de transición por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 al tener más de 40 años de edad a la entrada en vigencia de ese estatuto, y como consecuencia de ello, le es aplicable la ley 33 de 1985 en los términos que siguen:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Una vez determinado que la ley 33 de 1985 es el régimen que gobernaba al actor en virtud del régimen de transición, no existe duda en que éste se haría merecedor de la prestación, una vez cumpliera los 55 años de edad y acreditara 20 años de servicios⁷, en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985, así:

⁷ Artículo 1º de la Ley 33 de 1985: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.(...)”

“ART. 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”.

Empero, advirtiéndose que el objeto de la demanda no es otro que la integralidad del régimen de transición específicamente en la liquidación del ingreso base de liquidación de la pensión reconocida al actor, la Sala considera preciso analizar las diversas posturas que en la actualidad han sido adoptadas por las Altas Cortes en lo que tiene que ver con si este es o no un aspecto cobijado por el régimen de transición, para luego fijar la postura de esta Sala de Decisión.

Lo anterior, en razón a que este es el fundamento del recurso de apelación de la entidad demandada y porque muy a pesar que existe una línea jurisprudencial consolidada, reiterada y vinculante fijada por el Consejo de Estado frente a este tema, a partir de recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional existe un precedente interpretativo que determina el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que impide la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL como lo pretende la parte actora.

4.3.- Interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 - Criterio Altas Cortes y postura de la Sala

4.3.1.- Interpretación de la Corte Constitucional

Inicialmente, precisa la Sala que en el estudio de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el alto Tribunal constitucional, en sentencia C-168 de 1995, entre otras disposiciones, declaró la exequibilidad de los incisos segundo y tercero de la norma en cita, salvo el aparte final del inciso tercero en cuanto a la expresión *"Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos"*.

En su análisis, la máxima autoridad constitucional indicó:

"Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

En el inciso tercero se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas antes citadas, disponiendo que para quienes les faltare "menos" de diez (10) años de servicio para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Y, si el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada de vigencia de la ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una

plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.”

En sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional en un caso⁸ en el que abordó el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la ley 4 de 1992⁹, concluyó que, en algunas de sus expresiones dicha disposición contrariaba los artículos 13 y 48 Superiores, este último adicionado por el Acto legislativo 01 de 2005, principalmente porque las personas cobijadas por el régimen de transición que a 1º de abril de 1994 no estaban afiliadas al régimen especial consagrado en la disposición acusada, esto es, al régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de Representantes y Senadores, podían beneficiarse de él si posteriormente eran elegidas o nombradas Congresistas, Magistrados de Altas Cortes o en cargos a los que se extiende el beneficio¹⁰.

Así mismo, y en cuanto a la liquidación de la prestación pensional consagrada en la norma demandada, consideró que la interpretación que se realizaba de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto” contenidas en el inciso primero y en el párrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, permitían que a un beneficiario del régimen especial contenido en

⁸ La Corte aclaró que si bien el Acto Legislativo 01 de 2005 había derogado de manera expresa los regímenes especiales y exceptuados, el artículo 36 de la ley relativo a dichos regímenes seguía produciendo efectos de manera ultractiva. Por tal razón, pese a que la Sentencia C-608 de 1999 ya había estudiado una demanda contra el mismo artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sobrevenía una situación jurídica nueva, debido a la introducción de un nuevo parámetro de control, tras la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó las reglas constitucionales sobre el régimen pensional de transición. Esta situación justificaba que la Corte realizara un nuevo análisis de constitucionalidad a raíz del nuevo marco constitucional vigente.

⁹ Ley 4ª de 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

¹⁰ Sentencia C-238 de 2013. “En este contexto, la regla sobre los beneficiarios del régimen especial bajo examen que se desprende del derecho viviente, específicamente la posibilidad de que personas que no tenían una expectativa de pensionarse a la luz del régimen especial porque no estaban vinculadas a éste, el 1º de abril de 1994, puedan beneficiarse de sus elementos –salvo en el caso de la excepción prevista en el párrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994–, constituye una violación del principio de igualdad, ya que, en primer lugar, significa la equiparación de dos grupos de personas que no se encuentran en la misma situación: de un lado, el grupo de quienes sí estaban en el régimen especial antes del 1º de abril de 1994, y de otro, el grupo de todos los que estaban fuera del régimen especial a esa fecha; y en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la regla representa la concesión de un trato favorable carente de justificación objetiva razonable porque las normas vigentes después de 1994 ya habían incorporado a los congresistas al régimen general de la Ley 100 de 1993, de tal forma que no existía base normativa alguna para mantener una diferencia de trato en beneficio de quienes no cumplían a la fecha los requisitos para ingresar al régimen de transición.”

dicho estatuto, se le incluyera en su Ingreso Base de Liquidación conceptos sobre los que no hizo las respectivas cotizaciones al sistema y que ni siquiera constituían salario, en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005, así como de la sentencia de la Corte Constitucional C-608 de 1999 que tienen efectos erga omnes.

Recordó el razonamiento expuesto en la Sentencia C-608 de 1999, providencia que destacó que para el cálculo de la pensión de los favorecidos por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no puede tenerse en consideración cualquier “asignación” percibida, sino solamente aquellos emolumentos que tienen carácter remunerativo.

Reiteró que la razón por la cual el Constituyente permitió que un grupo de personas se siguieran beneficiando de las ventajas de regímenes pensionales creados antes de la Ley 100 de 1993, fue respetar expectativas surgidas antes de la unificación de las reglas que operó en dicho cuerpo normativo, y que, permitir que personas que no tenían ese tipo de expectativa puedan beneficiarse de las ventajas que otorga el régimen especial al que da lugar el precepto acusado, era avalar un tratamiento diferenciado, respecto de todos los demás afiliados al sistema de pensiones, sin justificación.

Es de resaltar que en la delimitación del estudio de la norma acusada, la Corte precisó el alcance de sus consideraciones y estimó improcedente la integración del análisis de constitucionalidad de la sentencia C-258 de 2013 con otras disposiciones legales distintas al régimen especial dispuesto el artículo 17 de la ley 4ª de 1992, en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de

la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.” (resaltado de la Sala)

Del aparte transcrito se puede extraer que, en el asunto estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, esa Corporación circunscribió su examen a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, infiriéndose de ello, que la demanda de inconstitucionalidad no procuraba atacar la existencia del régimen de transición de manera integral, sino que se limitó al estudio del régimen pensional especial previsto en la norma demandada por inconstitucionalidad, aplicable a los Congresistas Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios, sin que puedan considerarse extensivos sus efectos a los beneficiarios de la ley 33 de 1985 o de cualquier otro régimen prestacional como consecuencia del tránsito normativo.

Adicionalmente, por Auto A-326 de 2014, la Corte señaló que la sentencia en comento constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio

que no puede ser desconocido en forma alguna sin que sea posible considerar que con su expedición haya sido modificada la jurisprudencia constitucional en vigor. Al respecto, explicó:

“3.2.2.6. A partir de las anteriores razones, la Sala Plena considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de liquidación, sino que, por el contrario, siguió en estricto rigor la interpretación autorizada que realizó la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, que por un lado, ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional sólo en cuanto al régimen pensional especial contenido en la Ley 4 de 1992 y, que por otro lado, preciso es reiterarlo, establece un precedente interpretativo sobre la aplicación del artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93, según el cual el monto y el ingreso base de liquidación se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en las normas antes mencionadas de la Ley 100/93

Ahora bien, la Sala destaca que en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 la Corte también se pronunció sobre el alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, al resolver una **acción de tutela** en la cual se solicitó protección del derecho a la igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital invocados por un ciudadano que había laborado por más de veinte (20) años como trabajador oficial y era beneficiario del tránsito normativo¹¹, en virtud a que su mesada pensional le fue liquidada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios en aplicación del artículo 1º de la ley 33 de 1985¹².

¹¹ Se indica en la sentencia que el accionante, señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez, “trabajó para el Banco Popular en el cargo de Analista 22, desde el 19 de junio de 1974 hasta el 2 de diciembre de 1996, es decir, por espacio de 22 años, 5 meses y 14 días” y que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estimó que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, al estar probado que el actor, laboró durante más de 20 años al servicio del Banco Popular y era beneficiario del régimen de transición al haber laborado como trabajador oficial durante más de 20 años.

¹² Al respecto se indicó: “En lo pertinente a la manera como el Tribunal ordenó liquidar el monto de la pensión y a la orden dada por el Tribunal de indexar la primera mesada pensional, la Corte Suprema se detuvo a analizar su jurisprudencia en lo relativo a la aplicación del artículo 36, inciso tercero, reiterando que el régimen de transición contenido en el citado artículo conservó para sus beneficiarios, la aplicación de normativa anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación,

En la mencionada sentencia, la Corte dijo:

“Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de 2013 se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, está sometido a lo dispuesto en el inciso 3 ibídem; es decir, que al momento de fijar el valor de la mesada pensional, se debe tener en cuenta el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años de servicio. Para ello argumentó que al ingreso base de liquidación de la pensión se le pretendió otorgar una naturaleza propia no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de esta, pero diferente e independiente. En virtud de lo anterior se casó el fallo recurrido ordenando liquidar la prestación con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años.”(Resaltado no es del original)

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.**” (Resaltado de la Sala)

En sentencia T- 615 de 2016, la Sala Sexta de Revisión de la Corte, reiteró que la regla del IBL para los regímenes de transición se consolidó a partir de la sentencia C-258 de 2013, así:

“7.7. Así las cosas, la regla que fijó este Tribunal en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la providencia de unificación 230 de 2015 consiste en que el Ingreso Base de Liquidación no era un aspecto sujeto a transición, por lo que existe sujeción sobre ese asunto a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En ese sentido, a quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el mencionado artículo 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 devengados durante los últimos 10 años de servicio.”

No obstante, consideró que en el caso que estudiaba no era posible aplicar de manera retroactiva dicha providencia, modulando su decisión en los siguientes términos:

“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”.

Mediante Auto 229 de 10 de mayo de 2017, la Sala Plena de la Corte decretó la nulidad de la sentencia en cita, por considerar que desconoció el precedente jurisprudencial y la cosa juzgada constitucional, pues la regla de aplicación del IBL tiene una línea consolidada e imperante. Al respecto señaló:

“En la Sentencia T-615 de 2016, sin embargo, la Sala Sexta consideró que éste tampoco era un precedente para analizar en el caso de la señora Delcy del Río, en la medida que la providencia fue publicada con posterioridad a los fallos proferidos por los jueces ordinarios. En gracia de discusión, aunque es innegable que la publicación ocurrió el 6 de julio de 2015 y los fallos cuestionados se emitieron el 31 de marzo de 2014, en primera instancia, y el 26 de junio de 2015, en segunda, lo cierto es que la valoración del precedente no se efectúa sentencia por sentencia, descartando su aplicación, sino el análisis integral y sistemático de los fallos emitidos por la Corte que definen la regla jurisprudencial vinculante. En este punto es importante enfatizar en que, si bien la Corte ha reconocido que basta una sentencia de unificación de tutela y de control abstracto de constitucionalidad para que exista un precedente,[132] ello no significa que el examen se aborde descartando en unos casos el marco fáctico, o en otros casos el problema jurídico, sino determinando la coherencia e integridad del precedente.

En esta medida, no es justificable que, aun cuando se acepta que la regla del IBL se consolida con el fallo C-258 de 2013 y el Auto 326 de 2014, la Sala Sexta de Revisión para el año 2016 insista en la inaplicación del precedente, que fue reiterado en la Sentencia SU-230 de 2015.

(...)

47. En virtud de las consideraciones efectuadas, la Corte Constitucional concluye que la Sala Sexta de Revisión, al proferir la Sentencia T-615 de 2016, desconoció los efectos de la cosa juzgada constitucional y el precedente constitucional consolidado, imperante y en vigor, según el cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma. Al desconocer dicha regla, la decisión adoptada por la Sala Sexta varió significativamente el sentido del precedente, quebrantando la confianza legítima de los ciudadanos, quienes se sorprenden con providencias inesperadas e imprevistas.”

En sentencia SU-210 de 4 de abril de 2017, la Corte revisó una **acción de tutela** que presentó la Fundación Universidad Externado de Colombia contra una providencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Subsección “B”, Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativo, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y acceso de la administración de justicia.

El amparo solicitado, obedeció a que fueron despachadas favorablemente las pretensiones del demandante en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Seguros Sociales y la Universidad Externado de Colombia, donde además de confirmarse la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ordenó reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante al amparo de la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995, dispuso que la Universidad Externado de Colombia debía “realizar los aportes por el tiempo que sirvió el actor a la institución, los cuales se deben situar al Instituto de Seguros Sociales, en título pensional, previo cálculo actuarial, conforme lo dispone el Decreto 1887 de 1994...” y, aclaró la decisión, entre otras cosas, para indicar que los

parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 no eran aplicables al caso, entre ellos, el tope de 25 salarios mínimos de las mesadas pensionales.

Al analizar el asunto puesto a su consideración, la Sala de revisión de la Corte recordó la tesis plasmada en la sentencia SU-230 de 2015 y el alcance de la sentencia C-258 de 2013, en cuanto a que *“los únicos conceptos aplicables para el reconocimiento de las pensiones regidas por las normas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 –como la Ley 4ª de 1992–, eran: “(i) la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional; (ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto; y (iii) el monto de la misma”*. Concluyó que no es posible reconocer ninguna prestación bajo el régimen especial de transición para Congresistas, y por consecuencia de Magistrados de Altas Cortes, a quienes no estuvieran vinculados como tales, antes del 1º de abril de 1994.

En lo que se refiere a la violación del precedente, dijo:

“En suma, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la Sentencia del 21 de agosto de 2004 (sic)¹³, desconoció directamente la orden proferida en la Sentencia C-258 de 2013, que condicionó la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en la que se prohibió el reconocimiento de cualquier pensión del régimen especial para Congresistas –y Magistrados de Altas Cortes– a quienes no estuvieran afiliados a tal régimen con anterioridad al 1º de abril de 1994. Al contrariar dicha orden, el Consejo de Estado vulneró la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.N., y art. 48, L. 270 de 1996) que prohíbe a cualquier autoridad pública desconocer los fallos de esta Corporación, y que ordena su acatamiento debido a sus efectos erga omnes. Por lo tanto, la Corte encuentra configurado un defecto sustantivo en el asunto de la referencia.”

En la sentencia SU-395 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció con ocasión a cinco acciones de tutela promovidas en su momento

¹³ En el caso concreto la Corte revisó los fallos proferidos el 12 de noviembre de 2015, por la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia, y, el 21 de enero de 2016, por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por la Fundación Universidad Externado de Colombia contra la **Sentencia del 21 de agosto de 2014**, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

por la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E liquidada, el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S. liquidado- y varios ciudadanos, contra el Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, a propósito de las decisiones adoptadas por esa corporación judicial, en el marco de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, de ordenar que, para efectos de determinar la base de liquidación en el régimen de transición de las pensiones de vejez y de jubilación, debía tomarse en cuenta el promedio de la totalidad de factores constitutivos de salario devengados durante el último año de servicios, previstos en regímenes especiales anteriores a la Ley 100 de 1993.

Al delimitar el asunto, precisó:

“Conviene precisar que las acciones de tutela objeto de revisión, a pesar de haberse promovido por separado, coinciden por entero en cuanto se dirigen a atacar sentencias judiciales en las que concurren presuntamente varias causales específicas de procedibilidad, entre las que se encuentran el defecto material o sustantivo, el desconocimiento del precedente judicial y la violación directa de la Constitución, habida cuenta de que en ellas se adoptaron decisiones directamente relacionadas con (i) la aplicabilidad y alcance del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en particular frente a beneficiarios de marcos normativos especiales como es el caso de los Decretos 546 de 1971 y 929 de 1976; (ii) la regla del tiempo de servicios exigido a efectos de obtener un estatus pensional bajo esos ordenamientos; (iii) los parámetros de interpretación fijados acerca del promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público; y (iv) los factores salariales que han de ser puestos en consideración para calcular su monto; aspectos todos los cuales, valga la pena resaltar, han sido materia de pronunciamiento -en mayor o menor medida- tanto en sede de control concreto como abstracto de constitucionalidad, razón que lleva a la Sala Plena a adelantar el correspondiente estudio de los casos seleccionados centrando su análisis en los mencionados tópicos, en definitiva, no solo por cuanto en éstos reside el debate principal en torno al cual giran los recursos de amparo acumulados, sino además, por la necesidad de profundizar en sus contornos para consolidar los criterios contenidos en la jurisprudencia de esta Corporación relativa a las normas que gobiernan regímenes especiales en pensiones de la Rama Judicial y el Ministerio Público, el abuso del derecho en forma palmaria, el alcance del régimen de transición y la exclusión del ingreso base de liquidación, así como su incidencia directa frente a los principios de Solidaridad y de Sostenibilidad Financiera que rigen el sistema de seguridad social en pensiones.”

Respecto de la interpretación contenida en la sentencia C-258 de 2013, se refirió de la siguiente manera:

*“8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado 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. **Ello no significa otra cosa que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.**”*

Y concluyó:

*“En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.**”*

Recientemente, la sentencia SU-631 de 2017 expuso la tesis según la cual, el abuso del derecho que surge en forma palmaria, es un requisito de procedencia de la acción de tutela, en los casos en los que se vislumbra la obtención de reliquidaciones que presumiblemente quebrantan los principios y la sostenibilidad del sistema de seguridad social en pensiones.

Al respecto, dijo que el abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho

subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Para la corte, esta figura que la carta política proscrib¹⁴, *“se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima”*.

Para el Tribunal Constitucional, determinar cuándo una actuación conduce a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico, implica analizar el marco normativo del que es parte la regla aplicable al caso concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte evidenció que el análisis puesto a su consideración, tuvo su origen en el reclamo de la protección de los derechos al debido proceso y de acceso efectivo a la administración de justicia que hiciera la UGPP, por considerar que la reliquidación de la mesada de 3 pensionadas, a las que les era aplicable el régimen especial de la Rama Judicial contenido en el Decreto 546 de 1971, fue reconocida judicialmente como consecuencia de un abuso del derecho, habida cuenta que, la accionante estimó que la cuantía de sus mesadas pensionales resultaba incongruente con la historia laboral de cada una y, por ende, trastocaba los principios del sistema pensional.

En virtud a que se trataba de normas en materia de seguridad social, la máxima autoridad constitucional, contempló el estudio de las directrices de la Carta y legales, que orientan las disposiciones normativas que componen el Sistema Seguridad Social en Pensiones y consideró la posibilidad de configuración de un abuso del derecho cuando se evidencie un incremento excesivo de la mesada pensional, dando aplicación a lo dispuesto en la iterada sentencia C-258 de 2013.

¹⁴ En el artículo 95 de la Constitución Política de 1991 las personas y los ciudadanos tienen el deber ineludible de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Al respecto, la Corte expresó:

*“Claramente, en sociedades con marcadas diferencias sociales que han tratado de conjurarlas a partir del principio de la igualdad, el cometido no puede ser otro que el de volcarse en favor de la población con menores recursos económicos, o a quienes ante la vejez o enfermedad incapacitante para el trabajo, resultan más vulnerables. Así lo destacó esta Corporación en la **Sentencia C-258 de 2013**, en la que sostuvo que “de acuerdo con este principio (...) el Estado debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de mayor debilidad o vulnerabilidad, y exigir mayores contribuciones y esfuerzos a quienes están en mejor situación”.*

24. *En consecuencia, es posible predicar un abuso del derecho en el sistema de seguridad social en pensiones, cuando en ejercicio de las garantías que aquel cobija, un individuo con una posición económica privilegiada obtiene, además de las ventajas que ostenta en la sociedad, otras adicionales que desafían los principios de la seguridad social en pensiones y resisten su orientación equitativa. Como lo reconoció la **Sentencia C-258 de 2013**, “para que se produzca este abuso del derecho, el aumento [de la mesada pensional], se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.”*

La obtención de ventajas irrazonables en materia pensional, calificadas así por el desconocimiento de los principios sistémicos y subsistémicos, con arreglo a interpretaciones ceñidas a una disposición normativa que, a pesar de serle aplicable, en su caso particular desconoce la teleología de la misma, lesiona el ordenamiento jurídico. Lo anterior en tanto la interrelación de afiliados y pensionados vinculados al sistema de pensiones hace que necesariamente cualquier ventaja ilegítima conlleve una afrenta a la sostenibilidad fiscal del mismo, e implica cuando menos indirectamente un detrimento de las posibilidades de las generaciones futuras con menores posibilidades económicas para asegurar su vejez. Dichas ventajas convierten el sistema en un despropósito y lo hacen incompatible con la fórmula del Estado Social de Derecho y de los fines y valores asociados a él.”

De igual manera, insistió en cómo aplica la liquidación pensional para quienes se encuentran amparados por el régimen de transición, así:

“La jurisprudencia de esa Corporación¹⁵, como la de la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de transición excluyó deliberadamente el IBL. De tal modo a las personas beneficiarias del mismo, si bien le son aplicables los requisitos de acceso a la pensión del régimen anterior, cuales son la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas, para efecto de cuantificar la prestación, deben conciliar el monto de la pensión fijado en el régimen especial, y el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esa medida cualquier pensión que en marco del régimen de transición, haya sido cuantificada exclusivamente con arreglo al régimen anterior y sin armonizarlo con las reglas sobre el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conlleva “la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación” y puede llegar a afectar patrimonialmente al sistema de pensiones, en desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.”

En el caso analizado por la Corte, se configuró un abuso del derecho palmario toda vez que además de existir una vinculación precaria, se presentó un incremento excesivo de la mesada pensional y con él una ventaja ilegítima, que comprometía los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto. No obstante, esa corporación aclaró:

*“Al respecto conviene aclarar que, si bien es cierto **cualquier incremento en la mesada pensional que desborde los principios y las reglas del sistema de seguridad social en pensiones, atenta contra él**, solo los que sean evidentes y se descubran de un primer acercamiento al caso concreto, ameritan la intervención del juez de tutela. Los demás pueden ser cuestionados a través de la jurisdicción laboral ordinaria o contencioso administrativa, según sea el caso. La remisión de los casos al juez ordinario, no implica de ningún modo restarle relevancia al caso, sino constatar que la urgencia que presenta es relativa y no notoria.”*

4.3.2.- Interpretación del Consejo de Estado

¹⁵ Refiriéndose a la Corte Suprema de Justicia

4.3.2.1.- Pronunciamientos proferidos como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En razón a las múltiples interpretaciones que las subsecciones A y B habían dado a las disposiciones contenidas en el artículo 1º de la ley 33 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado, como Juez contencioso administrativo, unificó la jurisprudencia sobre el tema, indicando que lo establecido en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, no podía considerarse de forma taxativa, razón por la cual, en el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se debían incluir todos los factores devengados por el trabajador, claro está, realizando los aportes que correspondan.

Así lo señaló esa Corporación en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010¹⁶, en los términos que siguen:

“...respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador, en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978,

¹⁶ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Radicado No. 0112-2009.

norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“(…)

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.” (Resaltado de la Sala)

Conforme el aparte jurisprudencial antes transcrito, la ley 33 de 1985 no indicó en forma taxativa los factores salariales que debían conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, lo que no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, es decir aquellas sumas percibidas por el empleado de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Por ello, para esa corporación, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por importancia jurídica y con criterio de unificación, en providencia de **25 de febrero de 2016** proferida dentro del proceso con radicación No. 25000234200020130154101 (4683-2013)¹⁷, reiteró que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no establece una

¹⁷ Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

excepción respecto a los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma.

Explicó que el monto de la pensión es el establecido en las normas vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia, así como, que *“por monto se ha de entender no solo como el porcentaje de la pensión, sino que abarca también la base de liquidación de dicho porcentaje”* debiéndose en consecuencia, tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año.

Consideró invariable el criterio sostenido en forma unánime por la Corporación, según el cual el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%).

Como sustento de su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, expuso:

“1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico,

que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.”

La anterior decisión fue dejada sin efectos por la Sección Quinta de esa Corporación a través de providencia de 15 de diciembre de 2016. En cumplimiento del fallo de tutela, la **Sección Segunda**, en proveído del **9 de**

febrero de 2017¹⁸, aun cuando revocó la decisión de primera instancia y denegó las pretensiones de la demanda por otras razones¹⁹, reafirmó que *“cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho”*, criterio esbozado en auto del 24 de noviembre de 2016²⁰, a través del cual extendió los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y expuso las razones por las cuales consideró que la interpretación de la sentencia C-230-15, no obliga a las demás Cortes de cierre.

En tal sentido, dijo:

“De lo expuesto se desprende que si en las sentencias SU 230 de 2015 y SU-427 de 2016 se escoge una determinada interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a otros regímenes regulados por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, esa particular interpretación y aplicación de la ley no obliga a las demás Cortes de cierre, por las siguientes razones: (i).- Como en virtud de lo dispuesto en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren; por ello, no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución o la que expida la misma Corte Constitucional (en la forma como se expuso anteriormente) o a través de sentencias de unificación (también llamadas “SU”), en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales) y no en cuanto a la interpretación de las normas legales. Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las

¹⁸ Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, expediente 250002342000201301541 01

¹⁹ En efecto, señaló: *“En el sublite, al hacer una revisión matemática somera, se advierte que de todas maneras la pensión de la señora Rosa Ernestina Agudelo Muñoz, se encuentra mal liquidada, sea con fundamento en la ley 33 de 1985 o en la ley 100 de 1993, habida cuenta que se presenta una diferencia de más un millón de pesos que se genera por el sólo hecho de no incluir todos los factores salariales realmente devengados. Con todo, los actos administrativos demandados, siguieron los derroteros jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional, en las sentencias, C-258-13 y SU-230-15. En consecuencia, la Sala en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016, procede a fortiori, a REVOCAR la sentencia apelada. En su lugar, se dispondrá NEGAR las pretensiones de la demanda, (...)”*

²⁰ Consejo de Estado. Auto del 2 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conduciría, como atrás se dijo, a desconocer uno de los pilares del Estado Social de Derecho, cual es la estricta separación del poder público en ramas y el insoslayable marco de competencias regladas.

(ii).- De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas “C”), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela, que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

(iii).- Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

(iv).- De acuerdo con el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

(v).- El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.

(vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación²⁸ y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación²⁹. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

(vii) Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

(viii).- Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales³⁰

(ix).- El hecho de que las entidades públicas no hubieren efectuado los aportes de ley, no puede traducirse en un menoscabo de los derechos de los trabajadores. La omisión de las entidades públicas de efectuar los correspondientes aportes no puede beneficiarlas ni tener repercusión perjudicial respecto de sus servidores públicos, por cuanto a nadie puede favorecer su propia culpa: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta e principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.”

Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autorizan a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llamante, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.

Nuevamente, el doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)²¹, la Sección Segunda, dentro del proceso con radicación número: 15001-23-33-000-2013-00562-01(3518-14)²², la Sección Segunda, insistió:

*“Luego entonces, la Sala no comparte el argumento de la UGPP en el sentido que la sentencia del a quo desconoce la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional, no solo por lo anotado en precedencia sino también porque si bien es cierto dicha sentencia y otras posteriores, como la SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, pretenden romper la tesis dominante en esta Jurisdicción, no lo es menos que en **sentencia de 17 (sic) de febrero de 2017**²³ esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la ya referida Sentencia de Unificación de Jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 y concluyó que la tesis de la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con las también citadas sentencias SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, pero que de aplicarse de tajo a todos los regímenes generales, es desfavorable y atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad y compromete los derechos fundamentales del pensionado. (Resaltado del texto)*

*En esa oportunidad, esta Corporación detectó, además, **que en realidad el problema trasciende a la mera interpretación de los componentes del régimen de transición y de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993**; pues en estructura, radica en la noción de salario y la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva del mismo con el argumento de la estabilidad de las finanzas estatales, lo que no es nuevo, sino que se remonta a los años ochenta del siglo pasado. (Resaltado de la Sala)*

*Adicionalmente, esta Corporación en **sentencia de 26 de noviembre de 2016**²⁴ extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en el proceso radicado con el No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009); al reafirmar en esa oportunidad, de manera categórica, que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho»; e*

²¹ Consejero Ponente: César Palomino Cortés

²² En esta decisión se desató la apelación interpuesta por la entidad demandada contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de mayo de dos mil catorce (2014), en la que el Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones de la demanda promovida por Fulvio Zorro Vásquez contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), que accedió a las pretensiones de la demanda.

²³ Radicado 250002342000**201301541** 01; C.P. César Palomino Cortés.

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

igualmente expuso las razones por las cuales la particular interpretación de la sentencia SU-230 de 2015 no obliga a las demás Cortes de Cierre.” (Resaltado del texto)

4.3.2.2.- Pronunciamientos proferidos como juez de tutela

Ahora bien, recientemente, al interior de sus Secciones, el Consejo de Estado en **sede de tutela** ha proferido diversas decisiones que serán referente para fijar la postura de la Sala, todas ellas relacionadas con la aplicación de la tesis de la Corte que predica que el ingreso base de liquidación no es un aspecto cobijado por el régimen de transición.

Así las cosas, se procede a realizar un breve recuento cronológico, en los siguientes términos:

- **La Sección Quinta del Consejo de Estado**, en providencia de **25 de febrero de 2016**²⁵, dictada dentro de la **acción de tutela** con radicación No. 11001-03-15-000-2016-00103-00²⁶, advirtió que existían posiciones contrarias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a los factores que deben cubrir el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la primera, en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, no incluye el ingreso base de liquidación – IBL, y para el segundo, aquél sí es un ítem que está cobijado por este régimen.

²⁵ Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro.

²⁶ Demanda interpuesta por Pensiones Antioquia contra la decisión de 25 de noviembre de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Tercera de Oralidad, a través de la cual se confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Medellín, que accedió a las pretensiones de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el número 2014-00066-01.

Ante tal circunstancia, la Sección Quinta consideró que la postura adoptada por la Sección Segunda de la Corporación en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 resultaba a todas luces divergente al carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 y por ello optó por cambiar su criterio. Al respecto dijo:

“Interpretación auténtica que los jueces, sin distingo de jerarquía, no pueden desconocer, bajo el argumento de la primacía de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.

*En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucional **o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental**, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, **vinculan a todos los jueces.***

*En otros términos, **el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante**, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.*

La razón, su función de tribunal de cierre y unificación, pues estos están llamados a brindar coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.

En consecuencia, la Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiende que frente a criterios o posturas divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación, han de prevalecer los del Tribunal Constitucional, contenidos únicamente en sentencias de constitucionalidad y de unificación en tutela, siempre que la ratio decidendi se aplique al caso concreto y, por tanto, su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente.”(Resaltado del original)

- Por otra parte, **la Sección Cuarta, en fecha 13 de octubre de 2016**, dentro de la acción de tutela con radicación No. 11001-03-15-000-2016-01334-00, negó el amparo de los derechos al debido proceso, a la igualdad, y de acceso a la administración de justicia invocados por la UGPP en virtud de los fallos proferidos, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en su contra²⁷, en el que la Sección Segunda profirió la decisión de unificación de 25 de febrero de 2016 a que se hizo referencia.

La interposición del mecanismo de amparo obedeció a que en los términos de la entidad accionante, dichas decisiones proferidas dentro del asunto contrariaban los postulados legales – ley 100 de 1993 y jurisprudenciales – sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, T-078 de 2013 y SU-230 de 2015.

En los considerandos de esta decisión de tutela, la **Sección Cuarta**, al referirse a la sentencia SU-230 de 2015, señaló:

“La Sala en anteriores oportunidades señaló que se desconocía del precedente de la Corte Constitucional, por cuanto la jurisprudencia aplicable en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto de la inclusión del IBL en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, era la adoptada por el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, esta Sala rectificará la anterior posición en el entendido que, en algunos casos específicos, debe aplicarse lo dispuesto en la SU-230 de 2015, por las siguientes razones:

Las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 solicitaron la reliquidación de la mesada pensional, con el fin de que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicios para efectos del IBL, conforme con lo señalado en la Ley 33 de 1985.

Las solicitudes se realizaron con plena certeza de que les asistía el derecho, en virtud de que, jurisprudencialmente, estaba siendo reconocido. No obstante, la Corte Constitucional profiere el 29 de abril del 2015 la sentencia SU-230, en la que estimó que el IBL no estaba incluido en el régimen de transición.

Así las cosas, resulta desproporcionado aplicar el referido precedente a aquellas personas que radicarón la demanda de nulidad y restablecimiento del

²⁷ La Causa Petendi fue que se anulara el acto administrativo por el cual se reliquidó en forma incorrecta la mesada pensional de la actora y, en consecuencia, se ordenara incluir en el IBL todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

derecho con anterioridad a la fecha en que se profirió la sentencia de unificación, contrario de aquellas que formularon la controversia judicial posteriormente, pues se presume que tenían pleno conocimiento de la nueva postura respecto al tema.

Del estudio del expediente se observa que en el caso sub lite la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón radicó la demanda el 23 de abril de 2013, de tal manera que la reclamación judicial se hizo antes de la sentencia SU-230 de 2015 y le asiste el derecho a la liquidación del IBL con el régimen anterior, en virtud del principio de confianza legítima.

Por lo tanto, la autoridad judicial demandada respetó el precedente jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación, aplicable al momento de radicación de la demanda, en el que claramente se indicó que para las personas que pertenecen al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse lo contenido en la Ley 33 de 1989, normativa que dispone que el IBL debía ser la sumatoria de todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios.”

- La anterior decisión fue impugnada por la administradora pensional accionante y en segunda instancia la **Sección Quinta** del Consejo de Estado en providencia de 15 de diciembre de 2016²⁸, luego de exponer la tesis del carácter vinculante de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, reiteró²⁹ el criterio adoptado en la providencia de en fecha 25 de febrero de 2016, así:

“Ahora bien, la posición reiterada de esta Sala en relación al tema de discusión, es que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 al resto de los regímenes especiales de pensión, que consiste en que el ingreso base de liquidación -IBL no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla jurisprudencial creada en la sentencia C-258 de 2013, la cual se hizo obligatoria para todas las autoridades judiciales y administrativas a partir de la publicación de la sentencia SU 230 de 2015, a saber:

²⁸ Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro.

²⁹ Reiterado en providencia de 7 de abril de 2016 radicado No. 11001-03-15-000-2015-03415-01; 19 de mayo de mayo de 2016, expediente No. 11001-03-15-000-2016-00225-01; en todos ellos el actor fue Pensiones de Antioquia y el Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro. – providencia de 7 de abril de 2016, radicado No. 11001-03-15-000-2016-00100-00 y accionante Pensiones de Antioquia; 16 de junio de 2016, expediente No. 11001-03-15-000-2016-00127-01 y demandante la UPGG; ambas con ponencia de la Magistrada ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

“Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición (...)

(...)

Luego, si bien es claro que a partir de la SU-230 de 2015 corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independiente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 4.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258-13, también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción, no cumplió con lo dispuesto en la referida sentencia SU.

*Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que “el precedente de las llamadas Altas Cortes es **obligatorio y vinculante**, tanto para estos como **para los jueces de inferior jerarquía** y los demás órganos del Estado, **quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.**” (...) **hecho que implica su obligatoria observancia** por parte de todos los operadores jurídicos **sin excepción**, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.”*

(...)

En observancia de lo anterior, concluye la Sala que la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado.” (Resaltado del original)

En esta decisión, la Sección Quinta ordenó a la Sección Segunda proferir una nueva providencia atendiendo los lineamientos en ella trazados.

- En sentencia de tutela 9 de marzo de 2017³⁰ **la Sección Primera** del Consejo de Estado, con fundamento en la decisión de 25 de febrero de 2016 de la Sección Segunda, apuntó:

“En ese orden de ideas, de las citas jurisprudenciales se puede establecer que la sentencia C-258 de 2013, únicamente aplica para aquellas personas que se encuentran en el régimen pensional de congresistas y de altos funcionarios del Estado cuyo régimen pensional se deriva del de los congresistas; sin que pueda “extenderse de manera general a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas.”

Ahora bien, en relación con el alcance de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en la cual se abordó el tema del régimen de transición y señaló, como precedente, respecto del ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013; ya la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016, fijó la posición con respecto a aquella providencia, (...)”

- En sentencia de 22 de junio de 2017³¹, dentro del expediente No.11001-03-15-000-2016-03469-01 **la Sección Quinta**³², acogió el criterio de la Sección Cuarta³³ en el sentido que debía tenerse en cuenta el precedente judicial que estaba vigente para la fecha de interposición de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, diciendo:

“Por lo que, se concluye, que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 (que se insiste, no fue objeto de consideración en este caso por parte

³⁰ Expediente Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03192-00, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

³¹ Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

³² La sentencia contó con la aclaración de voto de la consejera ponente Dra. Rocío Araújo Oñate y el salvamento de voto del Dr. Alberto Yepes Barreiro. La Dra. Araújo Oñate, en su aclaración sostuvo que: *“Lo anterior resulta necesario por cuanto en la sentencia que suscribo con aclaración de voto la Sala consideró que es a partir de la sentencia SU-230 de 2015 que les corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, con independencia del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 4.3.6.3 de la sentencia C-258 de 2013, siendo que, contrario a ello, tal obligación existe desde el proferimiento del fallo de constitucionalidad citado cuya ratio decidendi es aplicable a los casos que tengan idénticos supuestos fácticos, por cuanto dicha sentencia tiene efectos de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 de la Constitución.”* Mientras, en su salvamento de voto, el Dr. Yepes Barreiro, precisó: *“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 (Acto Legislativo 01 de 2005). 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, fue el 31 de diciembre de 2014, queda claro que la posición que adoptó 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, carece de sentido, pues no hay ninguna posibilidad de que alguien adquiera su derecho después del 29 de abril de 2015.”*

³³ Sentencia de primera instancia de 4 de mayo de 2017, Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto

del Tribunal demandado), lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, de manera que, para el caso concreto, la situación del demandante se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010³⁴.”

- Esa misma Sección, el 27 de julio de 2017³⁵, dentro de la acción de tutela con radicación No. 11001-03-15-000-2017-01314-00(AC), explicó:

“En ese orden de ideas, de las citas jurisprudenciales se puede establecer que la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional; únicamente aplica para aquellas personas que se encuentran en el régimen pensional de congresistas; por cuanto “[...] se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural [...]”, y, en tal virtud, la regla de interpretación en ella contenida que se hizo extensiva a todos los regímenes especiales con la sentencia SU-230 de 2015 “no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.”

En consecuencia, deberá analizarse cada situación amparada por el régimen de transición, para evitar aplicar un criterio jurisprudencial que resulte atentatorio a los principios de progresividad y favorabilidad, lo que resulta atentatorio de los derechos laborales de rango fundamental.”

- En providencia de 10 de agosto de 2017³⁶, en sede de tutela, la **Sección Segunda** resaltó que las sentencias de unificación del Consejo de Estado, como las sentencias de unificación de tutela proferidas por la Corte Constitucional, tienen fuerza vinculante y, por tanto, son fuente de derecho y criterio de interpretación de los jueces, en el marco de los artículos 228 y 230 constitucionales, y que por ello el operador jurídico, ante uno y otro escenario, puede hacer válido su criterio bajo sus facultades propias de autonomía e independencia judicial. Al respecto esa Sección señaló

“La interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, presentada por el Consejo de Estado como tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, en

³⁴ “La Sala precisa que la sentencia del 25 de febrero de 2016, invocada también como desconocida por la parte actora, quedó sin efectos en virtud de la providencia del 15 de diciembre de 2016, la cual fue proferida en segunda instancia por esta Sección, dentro de la acción de tutela número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, actor: UGPP y demandados: Sección Segunda del Consejo de Estado y otro.”

³⁵ Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez

³⁶ Radicación No. 11001-03-15-000-2017-01721-00, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas

términos del numeral 1º del artículo 237 de la Carta Política, como por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, tienen fuerza vinculante y, por tanto, son fuente de derecho y criterio de interpretación de los jueces, en el marco de los artículos 228 y 230 constitucionales.

Es al operador jurídico al que le corresponde asumir dentro del marco de su autonomía e independencia judicial, la línea de interpretación que considere más adecuada para la protección del derecho a la igualdad, respecto de los derechos laborales de aquellos servidores beneficiados con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- En sentencia de treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)³⁷, la Sección Quinta, con salvamento de voto, decidió:

“Encontrándose demostrado lo anterior, al igual que lo ha hecho esta Sección en casos anteriores, se encuentra que con las sentencias acusadas que decidieron revocar los fallos de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de las demandas ordinarias promovidas por los accionantes, al dar prevalencia al lineamiento trazado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, con las cuales se estableció que el IBL y los factores salariales que lo componen no era un aspecto cobijado por el régimen de transición, sino que para determinarlo se debía acudir al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la autoridad accionada vulneró los derechos fundamentales alegados, los cuales resulta necesario amparar en esta oportunidad.

Lo anterior en consideración a que la administración, en su momento, debió reconocer el derecho a los actores con observancia de las normas aplicables al caso concreto para el momento de consolidación del derecho y al criterio del máximo órgano jurisdiccional competente sobre la materia, sin que el cambio legislativo o la interpretación constitucional posterior a la adquisición del status pensional y del reconocimiento de la prestación económica que se hiciera frente a una norma, como lo fue el que efectuó la Corte Constitucional con las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, tuviera la entidad suficiente para variar la decisión que en derecho correspondía.

De otra parte, no le es dable a la Sala desconocer que es la misma Constitución Política, la que, en su artículo 48, establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho .

Por lo que, se concluye, que la autoridad accionada aun cuando respetó las reglas que fijó la Corte Constitucional en las sentencias de referencia, lo cierto es que no tuvo en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se

³⁷ La sentencia también contó con la aclaración de voto de la consejera ponente Dra. Rocío Araújo Oñate y el salvamento de voto del Dr. Alberto Yepes Barreiro.

consolidó el derecho pensional de los empleados, de manera que, para el caso concreto, la situación de los demandantes se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo deprecado por la parte actora. En consecuencia, se confirmará el fallo impugnado, en atención a que, en el sub judice, se configura el defecto atinente al desconocimiento del precedente alegado por la parte actora.

En efecto, esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se dicta un fallo inhibitorio desconociendo la primacía del derecho sustancial sobre las formas y la tutela judicial efectiva , como acaeció en el sub lite, en el cual además se desconoció la causa del daño antijurídico ocasionado a la parte demandante derivada de la actuación injusta e irresponsable del Ministerio de Defensa.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido.”

- Esa misma sección, con salvamento y aclaración de voto, sigue sosteniendo su postura, como en reciente sentencia del once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01082-01³⁸, en el sentido que, sin desconocer la supremacía de las decisiones de la Corte Constitucional en lo que se refiere a calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en dichos asuntos deben observarse las normas aplicables al caso concreto al momento de la consolidación del derecho y el criterio fijado por el órgano jurisprudencial competente sobre la materia.

³⁸ Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate

Para esa Sección, el cambio legislativo o la interpretación constitucional posterior a la adquisición del status pensional o la interpretación constitucional posterior a la adquisición de dicha condición y al reconocimiento de la prestación económica que se hiciera frente a una norma, (refiriéndose a la realizado por la Corte Constitucional con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), no tienen la entidad suficiente para variar la decisión que en derecho correspondía.

4.3.3.- Postura de esta Sala de Decisión

Dadas las referencias interpretativas de la jurisprudencia de las Altas Cortes a que se hizo referencia, surge para la Sala la necesidad de determinar el precedente que debe ser acatado a fin de resolver el asunto puesto a consideración de este Tribunal.

Para ello, inicialmente debe precisarse que esta Sala de decisión, en anteriores pronunciamientos³⁹, evidenció una contradicción entre el precedente contenido en la sentencia C-258 de 2013 y el consagrado en la sentencia SU-230 de 2015, sustentada en que la misma Corte desconoció que en esta última decisión se obvió que el asunto a que se refirió la primera había sido limitado única y exclusivamente al estudio del régimen especial de Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y altos funcionarios.

Es decir, la Sala ha venido considerando que la interpretación de la Sentencia C-258 de 2013 fue en concreto para el caso que entonces se estudió y no en abstracto respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, y que en la sentencia SU-230 de 2015 la Corte no tuvo en cuenta que las decisiones y consideraciones plasmadas en la providencia de constitucionalidad, tal y

³⁹ Ver sentencia de 27 de abril de 2016, expediente con radicación No. 41 001 33 31 001 2011 00425-01; Demandante: Elsa Guzmán Rojas y Demandado: Instituto De Seguros Sociales – Colpensiones; sentencia de 21 de julio de 2016, expediente con radicación No. 41 001 33 31 006 2012-00143-01 Demandante: MATILDE GUTIÉRREZ DE CALDERÓN y Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - COLPENSIONES y sentencia de 27 de septiembre de 2016, expediente con radicación No. 41 001 33 31 701 2012-00012-01, Demandante: CECILIA AMANDA PÉREZ ROCHA y Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - COLPENSIONES.

como quedó sentado en la misma, se aplicarían únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados por otras normas, como tampoco podrían integrarse con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en tanto la demanda de inconstitucionalidad no procuraba atacar la existencia del régimen de transición.

Con fundamento en lo anterior, de manera reiterada se puntualizó que ni la parte resolutive, ni la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 podían extenderse a los asuntos en los que, como en el sub lite, se pretendiera la aplicación integral del régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que la liquidación de la pensión se rige por las reglas establecidas por el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993 y lo dispuesto para tal el efecto por las leyes 33 y 62 de 1985 mientras que la sentencia de constitucionalidad señala el alcance de la norma que consagra el régimen especial de Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios, providencia en la cual se dejó plasmada la improcedencia de su integración con otros regímenes pensionales.

Como sustento de lo anterior, el Tribunal apeló a su deber de atender y someterse a las decisiones de unificación expedidas por el Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política⁴⁰, Corporación que en sentencia de 31 de marzo de 2011⁴¹, resaltó la importancia y carácter vinculante para la Administración y demás operadores jurídicos del pronunciamiento que unificó criterios en materia de factores salariales para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición, en los siguientes términos:

⁴⁰ Constitución Política. “Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: 1.- Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que se señale en la ley.”

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero – sentencia de treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011) - Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00247-00(AC).

“En efecto, el precedente fijado por esta Corporación en la sentencia del 4 de agosto de 2010, representa un efecto de trascendencia superior en el funcionamiento del orden jurídico, por lo que aún en el plano mismo del análisis objetivo del ordenamiento, no es posible negar que existe en estas sentencias un especial poder vinculante, que desde luego no puede ser desconocido por la Administración Pública o por la sociedad civil y mucho menos por los operadores jurídicos. Si una sentencia unificada es ignorada por esos tres agentes de la vida colectiva, produce inequívocamente el evento de una violación constitucional.”

En igual sentido se tuvo como fundamento el alcance dado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma corporación en concepto 2177 de 10 de diciembre de 2013, pronunciamiento en el que, el cuerpo consultivo precisó:

“Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos.

En este contexto, la ley 1437 de 2011 reforzó el valor de las sentencias de unificación a través varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10); (...) 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda o única instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art.256 v ss.) (...) 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendientes de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo)”

Ahora bien, al analizar la situación al interior de las secciones del Consejo de Estado en sede de tutela en cuanto a la aplicación de los parámetros establecidos a partir de la expedición de las sentencias C-238 de 2013 y SU-203 de 2015, observa la Sala que no existe criterio que defina la problemática,

pues la interpretación que desde el año 2010 ha venido de manera continua y consistente fijando el alcance del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo sigue siendo defendida por las secciones Primera y Segunda.

En efecto, en los fallos de tutela que han sido proferidos por las secciones Primera, Segunda, Cuarta y Quinta del Consejo de Estado no existe unidad de criterios, ya que dos de ellas desconocen la obligatoriedad en la aplicación del precedente y las otras la pregonan, aunque de manera distinta.

Así, vimos que la Sección Primera desecha la aplicación del precedente de la Corte de la sentencia C-258 de 2013 cuando no se trate de un asunto en el que se desarrolle el tema del ingreso base de liquidación en el régimen especial establecido en la Ley 4° de 1992, toda vez que fue respecto de éste a que se refirió la providencia.

De igual manera esta Sección inaplica la sentencia SU – 230 de 2015 porque desarrolló el tema del ingreso base de liquidación – IBL para efectos de liquidar la pensión de vejez en la Jurisdicción Ordinaria, y en ese sentido la jurisprudencia vigente es la proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Además que se fundamenta en una decisión proferida por esta última, que ha salido del mundo jurídico.

Ahora, la Sección Segunda advirtiendo la disyuntiva entre su tesis y la de la Corte, en sede contenciosa administrativa defiende su postura y en sede de tutela pregonan la autonomía e independencia de los jueces consagradas en los artículos 228 y 230 de la Carta, como criterio para considerar que al aplicarse una u otra, el juez natural no vulnera derechos fundamentales de las partes, por cuanto al momento de proferir la decisión de fondo no incurre en defecto sustantivo ni desconoce precedente jurisprudencial, al haber acogido como fundamento de su decisión la interpretación que consideró la correcta respecto de los factores salariales y el IBL.

Por su parte, la Sección Cuarta, rectificó su posición frente a la decisión de 4 de agosto de 2010 y viene reconociendo que debe darse aplicación al precedente de la Corte, pero aclara que solo a partir de que fue proferida la sentencia SU-230 de 2015, pues considera desproporcionado aplicar el referido precedente a aquellas personas que radicaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con posterioridad a la fecha en que se profirió la sentencia de unificación, pues se presume que tenían pleno conocimiento de la nueva postura respecto al tema, contrario de aquellas que formularon la controversia judicial anteriormente.

La Sección Quinta, inicialmente, de manera unánime acogió la interpretación de la Corte, al punto de dejar sin efectos la decisión de reiteración con criterio de unificación adoptada por la Sección Segunda de 25 de febrero de 2016, bajo la premisa que ante las posturas divergentes de entre las Altas Cortes, han de prevalecer aquellas proferidas en sentencias de constitucionalidad y sede de tutela, siempre que la *ratio decidendi* se aplique al caso concreto.

Luego, como pudo verificarse, profirió decisiones modulando la aplicación de las decisiones de la Corte en el entendido que la jurisprudencia vigente para el caso concreto, es aquella emitida al momento en que se causó el derecho, providencias que cuentan con aclaración y salvamento de voto que demostraron que tampoco existe un criterio uniforme, pues si bien, pese a que destaca la supremacía de las decisiones de la Corte Constitucional, precisó su aplicación atendiendo las circunstancias temporales de la consolidación del derecho a la reliquidación, si fueron anteriores a aquellas.

Vistas así las cosas, la Sala advierte que muy a pesar que la misma Corte Constitucional en Sala Plena⁴² y en algunas de sus salas de revisión⁴³ acogió

⁴² Auto No. 144 del 21 de junio de 2012,

⁴³ Esta línea jurisprudencia también ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-711 de 2007, T-651 de 2004, T-621 de 2006, T-625 de 2004, T-147 de 2006, T-631 de 2002, T-251 de 2007, T-235 de 2002, T-180 de 2008, C-754 de 2004, T-910 de 2006, T-830 de 2004, T-529 de 2007, T-386 de 2005, T-143 de 2008, T-101 de 2008, T-910 de 2006, T-1160 de 2005, C-177 de 2005, T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-248 de 2008, T-1087 de 2006, cuya *ratio decidendi* precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993". Corte Constitucional Auto 144/12.

la postura del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y la catalogó como “*jurisprudencia en vigor*”⁴⁴, brindando con ello certidumbre y convencimiento ciudadano sobre la viabilidad de ese razonamiento, el alto Tribunal Constitucional a partir de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 viene describiendo la interpretación del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como inconstitucional, porque en su decir conlleva a la concesión de un beneficio que no fue previsto originariamente por el legislador⁴⁵.

También se vislumbra que la sentencia de 25 de febrero de 2016 a través de la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado como juez contencioso administrativo fijó posición con respecto al alcance de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte, fue retirada del mundo jurídico y que la misma ha sido el sustento de varias decisiones de este Tribunal⁴⁶ para continuar dando aplicación a la reiterada regla jurisprudencial que apunta a la integralidad del régimen pensional anterior en materia de factores salariales para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

A su vez, se observa que entre las providencias en sede de tutela proferidas por el Consejo de Estado no existe un único criterio que permita establecer una regla de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 distinto al de la Corte Constitucional, habida cuenta que esta corporación en sede abstracto

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-230 de 2015: “*El concepto de precedente y el de “jurisprudencia en vigor” están fuertemente relacionados en la medida en que, éste último se conforma con una regla de interpretación judicial sucesiva y homogénea sobre un tema particular –precedente-, que debe ser observado por las Salas de Revisión cuando estudian casos con hechos similares en los que debe aplicarse la regla jurisprudencial vigente. Esta posición puede ser modificada únicamente por la Sala Plena de la Corte Constitucional como autoridad competente para establecer una línea jurisprudencial nueva o sentar una modificación de la jurisprudencia en vigor en determinada situación.*”

⁴⁵ Sentencia C-258 de 2013 “(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 (...). Por lo tanto, la Corte entiende que la regla del IBL conforme con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 resulta imperante desde la publicación de la Sentencia C-258 de 2013, que consolidó dicha interpretación.”

⁴⁶ Ver sentencia de 20 de septiembre de 2017, expediente con radicación No. 41 001 33 33 001 2014 00565 01, Demandante: Cecilia Aristizabal Rojas, Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de constitucionalidad fijó el alcance del IBL para quienes fueran beneficiarios del régimen de transición, lo que de conformidad con el canon 243 de la Carta, hace tránsito a cosa juzgada constitucional⁴⁷.

Es de resaltar, que la mayoría de las decisiones proferidas al interior del Consejo de Estado y referenciadas en este proveído obedecen a su condición de juez constitucional y en esa medida se advierte que no existe consenso en las secciones Primera, Segunda, Cuarta y Quinta respecto de la importancia y obligatoriedad del precedente de la sentencia SU-258 de 2013 y SU-230 de 2015 frente al criterio adoptado en el 2010 por el juez contencioso.

Por lo anterior, al no poderse construir una posición sólida a partir de las decisiones expedidas al interior del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuanto a la prevalencia o no de la tesis reiterada desde la sentencia de 4 de agosto de 2010, resulta forzoso y con efectos de cambio de postura, acudir a la interpretación consolidada de la Corte Constitucional, que mantiene como regla imperante que el monto y el ingreso base de liquidación no forman parte del régimen de transición consagrado en el estatuto general, pues la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refiere a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo.

En efecto, en sentir de la Sala, la interpretación del pluricitado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señalada en la sentencia C-258 de 2013 cuyo alcance se precisa desde el Auto de Sala Plena No. 326 de 2014, más concreta y claramente a partir de la sentencia SU-230 de 2015, reiterada en sentencias SU-210, SU-395 y SU-631 de 2017, es la que resulta aplicable al asunto de marras, siendo en consecuencia un precedente vinculante y obligatorio para este Tribunal.

⁴⁷ Constitución Política, “Artículo 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

A esta conclusión llega la Sala, en virtud de la fuerza vinculante de la parte motiva y resolutive de los fallos de constitucionalidad y de la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, corporación que ha precisado que el acatamiento de estas decisiones obedece a las siguientes razones: (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como normas de normas; (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad y del acceso a la administración de justicia; (iii) seguridad jurídica y rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico y (iv) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima⁴⁸.

De igual manera, respecto de las sentencias de unificación (SU) emitidas en sede de tutela y las de control abstracto de constitucionalidad, el alto Tribunal ha dicho que basta que exista un precedente, toda vez que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política⁴⁹.

En lo que se refiere a la fuerza vinculante del precedente constitucional, la Corte en sentencia T-489 de 2013 realizó una diferenciación entre el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, en los siguientes términos:

*“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la actividad interpretativa que realizan los jueces de la República sobre las normas jurídicas, con base en el principio de autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y a otras disposiciones constitucionales que disponen criterios vinculantes para la interpretación del derecho. **De tal manera que para ofrecer un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha fijado el órgano unificador.** Así las cosas, esta corporación en su jurisprudencia ha utilizado “los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *Decisum*, la resolución concreta del*

⁴⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencias T-468 de 5 de junio de 2003 M.P. doctor Rodrigo Escobar Gil; T-292 de 6 de abril de 2006 M.P. doctor Manuel José Cepeda Espinoza; T-049 de 1 de febrero de 2007 M.P. doctora Clara Inés Vargas Hernández; T-086 de 8 de febrero de 2007 M.P. doctor Manuel José Cepeda Espinoza; T-161 de 8 de marzo de 2010 M.P. doctor Jorge Iván Palacio Palacio; T-351 de 5 de mayo de 2011 M.P. doctor Luís Ernesto Vargas Silva, entre otras.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencias SU-230 de 29 de abril de 2015 M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-634 de 24 de agosto de 2011 M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva; T-830 de 22 de octubre de 2012 M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o 'dichos de paso', no tienen poder vinculante, sino una 'fuerza persuasiva' que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación". En ese orden de ideas, cabe señalar que se configura la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, cuando el Juez de la República en el caso concreto: (i) aplica disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad o (ii) aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; así mismo, (iii) cuando contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad y, por último, (iv) cuando desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de sus sentencias de tutela."

A su vez, en la sentencia C-621 de 2015, que declaró executable el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso-, esa corporación reiteró el valor del precedente judicial de la *ratio decidendi* de sus providencias, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela, en los siguientes términos:

"3.7.13. *Queda entonces claro que para la Corte el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido. Como lo sostuvo en la sentencia SU-053 de 2015 "los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico."*

Como puede verse, el máximo Tribunal Constitucional ha puntualizado que en virtud del sometimiento a la Carta Política como norma superior por parte de todos los poderes públicos y los particulares, la prevalencia de la jurisprudencia constitucional trae implícita la sujeción a la interpretación autorizada que de ella realiza dicha Corporación, a través de sus sentencias de constitucionalidad y de las sentencias de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de todas las jurisdicciones, por lo tanto, conforme a la fuerza vinculante de la cual goza la *ratio decidendi* de sus providencias, genera que se convierta en precedente para otros casos y vincula tanto a las autoridades públicas como a los ciudadanos en general que están sometidos a la norma superior.

A su turno, el Consejo de Estado también ha reconocido el valor vinculante del precedente constitucional y ha considerado que éste ostenta la condición de irrefutable. Al respecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción expuso:

“En fin, al precedente de la Corte Constitucional subyace un deber de acatamiento que, solo en circunstancias excepcionales puede ser desatendido. Es tan alto el valor de esa fuente de derecho que, inclusive el Alto Tribunal ha admitido que los fallos de sus propias Salas de Revisión puedan ser objeto de nulidad, cuando quiera que contraríen el precedente de la Sala Plena.

[...]

No sobra decir, a este punto, que el carácter vinculante de las sentencias de la Corte se predica tanto de las que profiere en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, como de las que dicta en el trámite de la revisión eventual de los fallos de tutela⁵⁰.

*En materia de constitucionalidad, por ejemplo, indicó: **“En reiteradas ocasiones, la Corte ha reconocido el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho, que tienen sus sentencias de constitucionalidad, reconocimiento que si bien, en un principio, no fue tan categórico, hoy es irrefutable.** Se ha entendido que el precedente constitucional, justificado en los principios de primacía de la Constitución, de igualdad, de confianza legítima y de debido proceso, entre otros, es indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia de los sistemas jurídicos”⁵¹*

Así también, en punto a sus fallos de tutela, señaló: “... la ratio decidendi de los fallos de tutela - descrita y caracterizada en los mismos términos de aquella correspondiente a las providencias de constitucionalidad -, resulta vinculante para los jueces. || La razón del valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, es como se dijo, asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica”⁵²

De la lógica proveniente de los anteriores argumentos, se colige que incuestionablemente el precedente tiene fuerza vinculante para los jueces. Sin embargo, en la sentencia C-539 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), empieza a consolidarse una tesis que venía cobrando fuerza en múltiples pronunciamientos anteriores, la cual se consignó en la regla de dicho fallo, así: “...los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas”.

⁵⁰ Sentencias SU- 047 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C- 836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-335 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-260 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-175 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-068 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-252 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz; y T-698 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁵¹ Sentencia T-270 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵² Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De ahí que en, en ese momento, las subreglas que se extraen de las razones de las decisiones del alto tribunal se extienden no solo a los jueces y magistrados, sino también a otras autoridades, por ejemplo las de carácter administrativo.

Es tal la fuerza del precedente en nuestro ordenamiento, que la Corte ha llegado a establecer que “[e]xisten casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”⁵³.

Por otra parte, el concepto de jurisprudencia en vigor fue descrito por la Corte Constitucional en Auto 208 de 2006 de la siguiente manera:

“El término jurisprudencia en vigor, de acuerdo con este entendimiento, corresponde al precedente constitucional fijado reiteradamente por la Corte, que en diversas decisiones trata problemas jurídicos análogos con presupuestos fácticos idénticos, frente a los cuales adopta de manera uniforme la misma regla de decisión. Sin embargo, tal necesidad de reiteración opera sin perjuicio del ejercicio de la autonomía interpretativa de la que es titular la Sala Plena de la Corte, la cual está facultada para modificar la jurisprudencia constitucional bajo la existencia de condiciones específicas, entre ellas (i) los cambios que el Constituyente introduzca en la normatividad; (ii) la evolución que vayan mostrando los hechos de la vida en sociedad y (iii) los nuevos enfoques que promueva el desarrollo del pensamiento jurídico.”

En sentencia SU-230 de 2015, señaló:

*“El concepto de precedente y el de “jurisprudencia en vigor” están fuertemente relacionados en la medida en que, éste último se conforma con una regla de interpretación judicial sucesiva y homogénea sobre un tema particular – precedente-, que debe ser observado por las Salas de Revisión cuando estudian casos con hechos similares en los que debe aplicarse la regla jurisprudencial vigente. **Esta posición puede ser modificada únicamente por la Sala Plena de la Corte Constitucional como autoridad competente para establecer una línea jurisprudencial nueva o sentar una modificación de la jurisprudencia en vigor en determinada situación.**”*

En lo atinente a la fuerza normativa de la Doctrina Probable como criterio para determinar el precedente jurisprudencial aplicable a un asunto concreto cuando existe disparidad de criterios, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, señaló:

“19. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en

⁵³ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 5 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01312-01(AC)

las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”

En la citada sentencia SU-621 de 2015, la Corte se pronunció respecto de la doctrina probable, así:

“Respecto del cargo por dar a la jurisprudencia un valor preponderante en el sistema normativo colombiano al obligar al juez que pretenda apartarse de la doctrina probable y el precedente judicial a exponer sus razonamientos, la Corte Constitucional concluyó primeramente que a pesar de las reiteradas decisiones en la materia no existían los requisitos para declarar cosa juzgada material constitucional. La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas sino que establece las formulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos. En cuanto al deber del juez de sustentar las razones por las

cuales se aparta de la jurisprudencia, consideró la Corte que ese tema ya había sido objeto de profundos estudios de constitucionalidad, que explicaban la coherencia de la exigencia frente a los objetivos perseguidos con la doctrina probable y el precedente judicial, y su ponderación frente a la libertad decisional del juez, ante lo cual se remitió a sus decisiones anteriores, y en particular aquella de la sentencia C-836 de 2001. En ese orden de ideas, concluyó la Corporación que la norma demanda, al establecer la obligación del juez de sustentar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia, no hace otra cosa que recoger lo que ya ha sido plasmado por las sentencias de la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia al interpretar el mandato constitucional del artículo 230.”

Ahora, en lo que tiene que ver con la fuerza vinculante de las decisiones de los Tribunales de cierre de jurisdicción, en sentencia SU-053 de 2015 la máxima autoridad constitucional señaló:

*“Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento. En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto **y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad**. En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.”*

En la iterada sentencia C-621 de 2015, insistió:

“3.7.11. Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.

De la línea jurisprudencial transcrita puede extraerse que los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la norma que consagra el régimen de transición y al proferir sentencias de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales en este mismo tema, dan un contenido distinto al precedente judicial del órgano de cierre de lo contencioso administrativo sobre el principio de integralidad de los regímenes especiales.

Y que, no obstante, haber acatado la interpretación dada por el Consejo de Estado en diversas providencias, la misma Corte ha sido enfática en señalar que el concepto de jurisprudencia en vigor solo puede ser modificado por sus decisiones ya sea para establecer una línea jurisprudencial nueva o sentar una modificación de la jurisprudencia en vigor en determinada situación.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que resultaría contradictorio que para los regímenes especiales, como el de Congresistas y Magistrados, así como para aquellos eventos en que la transición opere para trabajadores oficiales, en los eventos en los que resulte aplicable la Ley 100 de 1990, se siga la regla que señala que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior y que para los demás servidores públicos no resulte procedente.

Por consiguiente, es obligatorio para este Tribunal darle prioridad al precedente jurisprudencial constitucional, máxime si, como ha quedado evidenciado, los pronunciamientos proferidos por el órgano de cierre de esta jurisdicción, en acatamiento a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, no cuentan con una regla que permita apartarse de sus considerandos y las proferidas en sede de tutela no permiten consolidar una postura distinta a la de la máxima autoridad constitucional, corporación que ha sido enfática en señalar que *“Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.”*⁵⁴

⁵⁴ Sentencia C-836 de 2001.

Ahora, si bien algunas de las decisiones de tutela del Consejo de Estado como juez constitucional apuntan a modular la aplicación del precedente de la Corte partiendo de si el derecho pensional o el reclamo de la reliquidación se causó antes de la expedición de las sentencias de unificación de la Corte, lo cierto es esta misma corporación no admite tal circunstancia, pues ha sido enfática en precisar que sus decisiones deben ser acatadas debido a que sus efectos son *erga omnes*.

Al respecto, la Sala reitera el precepto legal contenido en el artículo 45 de Ley 270 de 1996 – Ley Estatutaria de Administración de Justicia- que prevé que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro a menos que la corte resuelva lo contrario”*.

Además, ha sido la misma Corte quien ha propugnado por hacer prevalecer su función constitucional de adelantar el control abstracto de constitucionalidad, como órgano principal al que *“se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”*⁵⁵.

Así en la sentencia C-400 de 2013, en la cual realizó en estudio de constitucionalidad de los incisos segundo del artículo 135 y tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, que conciernen a la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional y los efectos de las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2° del artículo 237 de la Constitución, la Corte expresó:

“De esta forma, la Corte ha puesto de presente que el control de la carta política se hace efectivo a través de la jurisdicción constitucional, “instituida por el constituyente como una función pública a cargo de distintos organismos, cuya misión es la de preservar la supremacía de la Constitución, asegurando que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites que ella misma establece”.

⁵⁵ Artículo 241 C.P.

5.3. Elemento inmanente y sustancial del ejercicio de la jurisdicción mencionada es el precedente judicial constitucional, de carácter vinculante, por esa necesidad de otorgar eficacia a los principios, los valores y las reglas que consagra la carta política, como forma de garantizar la igualdad, la legalidad y la seguridad jurídica en el Estado de social de derecho, cuyo cumplimiento, sin excepción, trasciende a los distintos órganos y a las autoridades administrativas y judiciales, cualesquiera sean los niveles, jerarquías o instancias de decisión.”

Como puede verse, la jurisdicción constitucional, tanto en sede de control abstracto como en sede de tutela, ha marcado postura en cuanto a la determinación del IBL a quienes se hallan inmersos en el tránsito normativo de la Ley 100 de 1993, por ello, conforme al aparte transcrito, sus decisiones trascienden a todos los órganos y autoridades administrativas y judiciales.

Así mismo, y para efectos del presente análisis, por tener incidencia en cuanto a los cambios de postura jurisprudencial, la Sala trae a colación la sentencia C-836 de 2001⁵⁶, en la cual la Corte abordó el estudio de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, “*Sobre reformas judiciales*”, precepto que dispuso que “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*”

En dicha providencia, la Corte precisó que ante la falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. Al respecto el Alto Tribunal expresó:

“17. En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los

⁵⁶ Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

19. *Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismo supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.*

20. *Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.”*

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como violación a la seguridad jurídica y la confianza legítima de quien se considera amparado por la jurisprudencia vigente al momento de la consolidación del derecho pensional, es preciso traer a

colación que en la iterada sentencia C-258 de 2013 esa corporación explicó la teoría del derecho viviente, de la siguiente manera:

“Para que la jurisprudencia y la doctrina adquieran el carácter de derecho viviente, es necesario que se cumplan ciertas exigencias o requisitos. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001, reiterada por la sentencia C-426 de 2002, puede considerarse que constituye derecho viviente “la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos”.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que la sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado no puede ser considerada en el “presente” como la única interpretación válida respecto de la forma como debe integrarse el IBL en las pensiones de las personas amparadas por el régimen de transición.

La Sala tampoco vislumbra que el referido cambio de postura jurisprudencial contraría los derechos del trabajador, ni que las razones que motivaron el cambio se fundamenten en principios constitucionales que trastoquen los principios de favorabilidad en materia laboral e integralidad normativa, toda vez que la Corte Constitucional, para resolver el asunto analizado en la sentencia SU-230 de 2015 partió de la postura única, consolidada y reiterada de la Corte Suprema de Justicia que de antaño ha venido sosteniendo que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición, se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, y no con lo estipulado en la regulación precedente.

En la providencia en mención, la Corte en un caso en el que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral aplicó a la liquidación de la pensión del accionante el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, hizo alusión a la consolidación de este criterio de la siguiente manera:

“Como se verá a continuación, la interpretación dada por la Sala Plena de la Corte Constitucional es acorde con la sostenida por la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria laboral.

(...)

2.7.2. Para la Corte Suprema de Justicia el “monto” de la pensión sólo hace referencia al porcentaje (75%); pero el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta es el que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

En reiterados pronunciamientos este tribunal de la jurisdicción ordinaria, ha sosteniendo que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la normativa anterior en lo relativo a edad, tiempo de servicios y “monto” de la prestación, pero no en lo relacionado con el “ingreso base de liquidación”, el cual está sometido a la definición consagrada en el inciso 3º del artículo 36 de la citada ley. Para esa corporación el “monto” solo se refiere al porcentaje de la base salarial, sin que esta haga parte integrante de aquel, por lo menos en lo que al régimen de transición se refiere, razón por la cual han precisado que se trata de dos nociones distintas e independientes.

De lo anterior se desprende que para la Corte Suprema de Justicia el régimen anterior no se aplica de manera integral, ya que el monto de la pensión, en lo que atañe al porcentaje, es el señalado en el régimen anterior, pero la base salarial al que se aplica dicho porcentaje se tasa con fundamento en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto ha sostenido lo siguiente:

“Por otra parte, como quiera que el fondo del cargo toca el aspecto de cuál es el verdadero monto de la pensión del demandante quien se desvinculó en el mes de octubre de 1994, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, debe decirse que esta normatividad en su artículo 36, al regular el régimen de transición de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, mantuvo los requisitos de pensionamiento en materia de edad, tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y monto, para quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema tenían más de 35 años de edad (mujeres) o más de 40 (hombres), o más quince años de servicios cotizados. Empero, respecto de las demás condiciones y requisitos para acceder a dicha pensión, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, prescribió que se regirían por las disposiciones contenidas en la nueva Ley. Es por eso que, en principio, lo atinente al ingreso base para liquidar la pensión por vejez quedó gobernado por el nuevo régimen, salvo para quienes a la fecha en que éste entró en vigor (1º de abril de 1994), les faltaren menos de 10 años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios o de cotizaciones, según el caso.

(...)

Lo anterior permite colegir que, con prescindencia de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que los unió con su empleador, el Ingreso Base de

Liquidación de la pensión por vejez de quienes al primero de abril de 1994 (fecha de vigencia del sistema general de pensiones) les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, así este sea inferior a dos años, “será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor”, con lo que se preserva la igualdad de regímenes resultantes de la sentencia de inconstitucionalidad”.

La Corte Suprema de Justicia sigue manteniendo su postura, tal y como advierte en la providencia SL2689-2017 Radicación n.º 52320 de primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017), de la cual se transcribe un extracto a continuación:

“En ese horizonte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL16827, del 18 nov. 2015, rad. 47164, que fue reiterada, entre otras, en providencia CSJ SL7797-2016, del 1º de jun. 2016, rad. 48245, se expuso: Así, frente al primero de los cuestionamientos se ha de precisar que la Corporación tiene establecido el criterio relativo a que el régimen de transición garantiza a sus beneficiarios, de cara a la prestación por vejez o jubilación y en relación con la normativa que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige, en principio, por lo previsto por el legislador en el inc. 3º del art. 36 de la L. 100/1993, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, y que sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior. (...) Esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37036, entre otras muchas, reiterada en la CSJ SL8451-2014, ha mantenido esa interpretación.”

En ese orden de ideas, la variación de la jurisprudencia no desconoce el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial ni desconoció valores constitucionales en materia de favorabilidad laboral, pues el derecho adquirido de los que se hallan inmersos en el tránsito normativo es precisamente ese, ser beneficiario del régimen de transición y que le sea aplicada la norma anterior a la Ley 100 de 1993 en materia de edad, tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y monto.

Por ello, en estricto sentido, la mera expectativa de afrontar las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial no puede predicarse solo de quien fue la persona sobre quien la Corte determinó que el ingreso base de liquidación no hace parte de la transición, toda vez que es perfectamente posible que un nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que

demanden aplicación, como lo es la seguridad jurídica, dada la importancia que revisten en asuntos pensionales en materia de IBL.

En otros términos, no puede aplicarse el cambio jurisprudencial exclusivamente al accionante del proceso donde se elabora la nueva tesis jurisprudencial y pretender que a los demás demandantes en su misma condición se les aplique la jurisprudencia anterior.

Por todo lo expuesto, la Sala cambia su postura, en el entendido que la transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y, en efecto excluye el promedio de liquidación, en tanto que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que regula la aplicación del régimen de transición, determina las reglas para ese fin, y en su defecto las del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

4.4.- Caso concreto

Descendiendo al fondo del asunto procede la Sala a analizar si la pensión de jubilación del actor, debe reliquidarse con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por él en el último año de servicios o por el contrario, solo con aquellos que sirvieron de base para las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, como lo afirma Colpensiones.

Probado está en el expediente, que a través de resolución No. 1536 de 9 de marzo de 2009 (archivo digital No.85 a 89), el extinto Instituto de Seguros Sociales y en virtud a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, reconoció al señor Pablo Emilio Chala Perdomo pensión de jubilación, cuyo pago quedó supeditado a su retiro definitivo del servicio, por estar amparado en el régimen de transición. El beneficio le fue liquidado con el 75% del ingreso base de liquidación de promedio de cotizaciones de los últimos diez años en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo que, mediante resolución No. 1633 de 13 de marzo de ese mismo año, el mencionado instituto ordenó la inclusión en nómina a partir del 1º de abril de 2009, acto administrativo confirmado por resolución No. 372 de 9 de febrero de 2010 (archivo digital No. 103-105).

Posteriormente, en fecha 7 de julio de 2010 (archivo digital No. 106), el ahora demandante solicitó reliquidación de su prestación económica, por considerar que debía incluirse la totalidad de los factores salariales que percibió en el último año de servicios.

El Instituto de Seguros Sociales, por resolución No. 0125 de 16 de febrero de 2011 (archivo digital No. 133 a 136), modificó la resolución No. 1633 de 13 de marzo de 2009, al advertir que no se liquidó la pensión hasta el último día laborado. Respecto de la inclusión de nuevos factores salariales, manifestó que el salario que debía tenerse en cuenta para la liquidación pensional es aquel sobre el cual el empleador realiza las cotizaciones, sin que pudiera esa entidad sumar los pretendidos por el actor.

El 14 de julio de 2011 (archivo digital 149-154), el actor nuevamente solicita ante el Instituto de Seguros Sociales la reliquidación de la pensión con la inclusión de factores salariales (archivo digital 149-154), sin que la mencionada entidad diera respuesta de fondo a su solicitud.

En el medio magnético contentivo del expediente administrativo allegado al proceso, fue consignada la resolución No. GNR 215678 de 12 de junio de 2014, expedida por Colpensiones con posterioridad a la interposición de la demanda, a través de la cual se niega la reliquidación con fundamento en que el actor no demostró su calidad de empleado público.

Ahora bien, como se expuso en acápite anterior el actor a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con más de cuarenta (40) años de edad, y había prestado sus servicios desde el 23 de febrero de 1982, esto es,

por espacio de 13 años, lo que hace que el señor Pablo Emilio Chala Perdomo, sea beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 por el cumplimiento del requisito de la edad, y como consecuencia de ello, los ordenamientos que rigen su liquidación pensional son las leyes 33 y 62 de 1985, tal y como quedó expuesto en acápite anterior, pero solo respecto de la edad, monto y semanas de cotización.

En consecuencia, aplicando la postura adoptada por la Sala en virtud de las providencias de unificación a que se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia, la liquidación de la pensión del actor debía realizarse sobre el ingreso base de liquidación de los últimos diez (10) años de servicios, toda vez que estaba inmerso en el tránsito normativo de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo realizó la entidad demandada, esto es, con los factores a que se refiere el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, al no ser consonante con el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-210, SU-395 y SU-631 de 2017, antes reseñadas, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, que dando aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ordenó la reliquidación de la pensión del accionante con la inclusión de los factores salariales de que tratan las leyes 33 y 62 de 1985 y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

4.5.- Costas

El Tribunal habida consideración que para el momento en que se dicta este fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de

costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y en el sub lite ninguna actuó de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito a lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de octubre del 2014 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Neiva.

SEGUNDO: En su lugar, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- REMITIR el expediente a la Oficina Judicial para que sea repartido entre los jueces quedaron conociendo del sistema escritural, previa las anotaciones en el software de gestión.

CUARTO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Quinta de Decisión en la sesión de la fecha.

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Magistrada

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Magistrado

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA

Magistrado con salvamento de voto

