



Sentencia 01920 de 2018 Consejo de Estado

Untitled ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Inexistencia / RÉGIMEN PENSIONAL ESPECIAL APLICABLE A DOCENTE VINCULADO ANTES DE LA LEY 812 DE 2003 / FACTORES A TENER EN CUENTA PARA RELIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN A DOCENTE -
Aquellos objeto de aportes

[R]especto a los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812, es importante tener en cuenta que el criterio jurisprudencial señalado por la Sección Segunda de esta Corporación se modificó con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado citada supra, que señaló que los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no de la transición pensional son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones (...), el Tribunal al liquidar la pensión de jubilación de la actora señaló que no se podían incluir todos los factores salariales e incorporó únicamente aquellos factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes al sistema de seguridad social. (...) Lo anterior lleva a concluir que el Tribunal accionado no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que si bien es cierto aplicó la sentencia SU - 395 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, que resultaba inaplicable al caso concreto, por cuanto en ella se aborda el análisis de las reglas aplicables a la determinación del IBL en los casos amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no en relación con el régimen pensional de los docentes regulados por la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, también lo es que sustentó su decisión en el alcance que debe darse a las precitadas disposiciones a partir del contenido del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279 / LEY 100 DE 1993 -

ARTÍCULO 36 / LEY 812 DE 2003 - ARTÍCULO 81 / LEY 797 DE 2003 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 15 / DECRETO 2272 DE 1979 - ARTÍCULO 3 / LEY 62 DE 1993 - ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ver: Corte Constitucional, sentencia de 22 de junio de 2017, exp: SU-395, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En cuanto al último pronunciamiento sobre el establecimiento del IBL en los términos de la Ley 100 de 1993 a quienes se aplica la Ley 33 de 1985 por ser beneficiarios del régimen de transición, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sentencia del 28 de agosto de 2018, exp: 52001-23-33-000-2012-00143-01, CP. César Palomino Cortés.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ (E)

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01920-01(AC)

Actor: EUGENIO AQUILES PORTILLA LAGOS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO La Sala decide la impugnación interpuesta por el Tribunal Administrativo de Nariño¹ contra la sentencia de 27 de septiembre de 2018, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de la cual amparó el derecho fundamental al debido proceso del actor.

I - ANTECEDENTES

I.1. La Solicitud

El señor EUGENIO AQUILES PORTILLA LAGOS, mediante apoderado especial, instauró acción de tutela para obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso, que, a su juicio, le fueron vulnerados por el Tribunal al proferir, en segunda instancia, la sentencia de 7 de marzo de 2018, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 52001-33-33-003-2014-00084-01, que promovió contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-², por medio de la cual confirmó la sentencia de 22 de agosto de 2017, dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto³, que había denegado las pretensiones de la demanda.

I.2.- Hechos

Señaló que cumplió con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de la pensión de jubilación que le fue concedida por FOMAG, mediante la Resolución 726 de 3 de septiembre de 2008⁴, sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales que devengaba al momento de adquirir el referido estatus.

Sostuvo que el 10 de abril de 2013, solicitó ante dicha entidad la reliquidación de su pensión de vejez.

Indicó que mediante la Resolución 0884 de 16 de agosto de 2013, negó la reliquidación por encontrar la pensión reconocida conforme a derecho.

Adujo que en virtud de lo anterior, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la Resolución 0884 de 16 de agosto de 2013 en consecuencia, se ordenara al FOMAG la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Sentencia de 22 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 52001-33-33-003-2014-00084-01

La parte resolutive de la mencionada sentencia dispuso textualmente lo siguiente:

“[...]”

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

[...]”.

El Juzgado al resolver el caso concreto, adujo que:

"[...]

Con esos elementos, puede determinar el Juzgado que el régimen pensional aplicable al demandante es el establecido por la Ley 33 de 1985, y demás normas que la complementan y modifican, como quiera que el accionante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1994, esto es 1 es abril de 1994, contaba con 41 años de edad y 13 años de trabajo lo que le permitía de acuerdo el artículo 36 ibídem la aplicación del régimen de transición.

Se estableció que el demandante adquirió el estatus pensional el 13 de mayo de 2007 (fl. 22) que las asignaciones salariales percibidas en el año inmediatamente anterior fueron: asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad (fls. 20 y 70).

Los factores que sirvieron de base para el reconocimiento pensional fueron: las asignación básica, (resolución No. 726 de 2008) (fl. 23).

Conviene aclarar en este punto que el Juzgado desde hace algún tiempo tomó como posición a seguir la establecida por la Corte Constitucional, que también ha sido sostenida por el Tribunal Administrativo de Nariño en diversas providencias que resuelven casos similares a éste, en suma, bajo el argumento que el IBL que ha de considerarse tanto para el reconocimiento pensional como el de las reliquidaciones es aquel que se desprende en el lapso de diez años anteriores al estatus y sobre los factores efectivamente devengados y sobre los cuales se hayan hecho aportes. Por tal razón en este asunto nos partamos de la posición adoptada por el Consejo de Estado.

Como se anunció en líneas pasadas el cambio de posición asumido por este Juzgado tiene sustento en aplicación del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en armonía con los artículos 228 y 230 constitucionales, así como los precedentes jurisprudenciales a los que ya sea hecho referencia, pues, esta Judicatura está llamada a aplicar la interpretación que por vía de autoridad se dispuso en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de abril de 29 de 2015, que como ellas mismas lo señalan constituyen precedentes obligatorios.

En criterio del Juzgado, acoger el precedente de la Corte Constitucional, contribuye a cerrar el panorama de inseguridad jurídica que genera la existencia de precedentes distintos de las Altas Cortes en casos análogos, panorama que constituye en sí mismo una vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos y genera una situación de inseguridad jurídica frente a los propios jueces ante la indeterminación de que precedente seguir, siendo su obligación garantizar de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, así como la vigencia del ordenamiento constitucional en su conjunto.

[...]

En conclusión, es factible igualmente aplicar al caso concreto las reglas del IBL del régimen general de las pensiones contenido en el artículo 36 la Ley 100 de 1993, bajo la interpretación de la Corte Constitucional en las sentencias citadas, considerando que como factores de liquidación de la pensión sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Lo expuesto da cuenta de un aspecto determinante para el asunto bajo análisis, el cual es que solo pueden considerar, para efectos de la determinación del IBL, los factores sobre los cuales los pensionables hayan efectuado aportes al correspondiente Fondo de Pensiones.

Entonces, acogiendo el precedente vertical de la Corte Constitucional en la sentencia de unificación referenciada, se concluye que la resolución acusada por el actor está ajustada a derecho y en virtud de ello se denegaran las pretensiones de la demanda, toda vez que no acreditó que sobre todos los factores que efectivamente le fueron pagados por el empleador se efectuaron aportes a pensión, máxime cuando de los certificados de salarios aportados en el plenario (fls. 20 y 70) únicamente dan cuenta de los valores devengados por el demandante durante el último año de servicio, pero no acrediten que se hubieren efectuado los descuentos por los factores salariales reclamados.

[...]".

El FOMAG interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, solicitando su revocatoria.

Sentencia de 7 de marzo de 2018 proferida en segunda instancia por el Tribunal dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 52001-33-33-003- 2014-00084-01

El Tribunal, dispuso en la parte resolutive:

"[...]

PRIMERO.- Confirmar la sentencia que el 22 de agosto de 2017 profirió el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restableciendo del derecho incoara el señor Eugenio Aquiles Portilla Lagos contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, según se establece en la parte motiva de esta sentencia. [...]"

Para tal efecto, el Tribunal consideró que:

"[...]

1.1.1. Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

1.1.2. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia." (Subrayas fuera de texto).

[...]"

I.3.- Pretensiones

El actor solicitó en su escrito de tutela:

"[...]

1. Respetuosamente solicito amparen los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social en pensiones, confianza legítima e igualdad a favor del señor EUGENIO AQUILES PORTILLA LAGOS, VULNERADOS POR EL Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto al dictar Sentencia de primera instancia calendada el 22 de agosto de 2017 y el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del Sistema Oral, al dictar Sentencia de Segunda Instancia calendada el 07 de Marzo de 2018 y, en consecuencia, anular o dejar sin ningún valor ni efecto jurídico alguno dichas providencias dictadas dentro del Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. 52001-33-33-003-2014-00084 (5119), promovido por el señor EUGENIO AQUILES PORTILLA LAGOS, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Oficina de Prestaciones Sociales de Ipiales, Nariño.

2. Por consiguiente, ordenar al Tribunal Administrativo de Nariño - Sala de Decisión del Sistema Oral que dice nuevamente y dentro del término

que prudencialmente disponga el H. Consejo de Estado, una nueva providencia que revoque el fallo de primera instancia o providencia en la cual tenga en cuenta el precedente jurisprudencial en sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, y los criterios y parámetros expuestos en la sentencia que ponga punto final a este proceso de amparo constitucional.

3. En igual forma, ordenarle al Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del Sistema Oral, que una vez dicte la sentencia a la que hace referencia y ella se encuentre en firme, sea comunicada dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación Municipal de Ipiales, Departamento de Nariño.

[...].

La actora, en el presente asunto sostuvo que:

“[...]

La Sala Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, hizo una lectura literal y exegética de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, sin tener en cuenta que a partir de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, existen dos grandes grupos de vinculación a la docencia oficial. Los primeros son los docentes vinculados antes de la expedición de la referida ley, es decir antes del 27 de junio de 2003, y los segundos son los vinculados después de esta esta fecha. Para los primeros de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el Párrafo Transitorio 1º de A.L. 01 de 2005 en régimen pensional es el establecido en las disposiciones legales vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha ésta en que entró en vigencia la Ley 812. Esta realidad jurídica constitucional si se confronta con la situación fáctica laboral del actor, que pertenece al primer grupo de docentes nos lleva a la convicción jurídica de que su pensión vitalicia de jubilación hay que liquidarla de conformidad con el mandato jurisprudencial unificado sobre el contenido normativo y alcances de la Ley 33 de 1985, establecido en Fallo de Unificación del 4 de agosto de 2010 y la sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016.

Además del anterior error, la sentencia que se ataca ubica al docente, actor de esta demanda de tutela, en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando la corrección jurídica nos dice que los docentes del primer grupo (vinculados antes del 27 de junio de 2003) no tienen derecho a esta transitoriedad por cuanto, de una parte el artículo 279 de la misma Ley 100 los excluye del Régimen General de Pensiones y de otra también porque el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005 señalan claramente cuáles son las disposiciones legales que les son aplicables para el reconocimiento, liquidación y pago de sus pensiones.

En igual sentido, otro error de la Sala de Decisión Accionada tiene que ver con la inobservancia del precedente jurisprudencial de unificación de la interpretación de la Ley 33 de 1985 y de los precedentes -vertical y horizontal- existentes sobre la misma materia.

Los anteriores llevaron a la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, a excluir las primas de vacaciones, de navidad y de alimentos del ingreso base de liquidación de la pensión vitalicia de jubilación del actor, con lo que se afectan sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad en pensiones, confianza legítima y la igualdad.

[...]

Una lectura armónica de las anteriores disposiciones permite concluir que las providencias que se profieren por la Sala de la Sección Segunda, máxime cuando ellas son de unificación, como en el caso de la Sentencia de 4 de agosto de 2010, gozan de un especial estatus, en la medida en que no solamente actúa en pleno la Sección Segunda que tiene competencia para fijar el sentido de las normas aplicables en asuntos laborales, en este caso concreto en la interpretación de la Ley 33 de 1985, sino que lo hace con el ánimo de darle certeza, coherencia y confianza al sistema así como también de brindar soluciones similares a asuntos que ameritan ese trato.

La inobservancia de la jurisprudencia de unificación respecto a los alcances de la Ley 33 de 1985 por parte de la Sala de Decisión del Sistema

Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, como corporación accionada desconoce la condición al Tribunal Supremo del Consejo de Estado en las materias propias de su competencia, en especial la jurisprudencia desde el 4 de agosto de 2010, en cuya providencia de unificación, ha determinado que la pensión vitalicia de jubilación de los docentes nombrados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 (26 de junio), se liquida con todos los factores salariales devengados y percibidos por el educador durante el último año de consolidación del derecho, e igualmente la sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016, con radicado 25000- 23-42-000-2013-01541-01(4683-13),

[...]”.

I.4.- Defensa

I.4.1.- El Tribunal, señaló que acogió la normativa vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, salvaguardó los derechos fundamentales del actor.

I.4.2.- El Juzgado, sostuvo que la providencia dictada por su Despacho dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, objeto de estudio, tuvo como sustento la jurisprudencia actual y el material probatorio obrante en el expediente, lo que demuestra que en ningún momento le fue vulnerado el derecho fundamental invocado por el accionante.

I.4.3.- El MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL solicitó negar las pretensiones del actor y declarar improcedente la solicitud de tutela porque no se configuraban los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

I.4.4.- La FIDUPREVISORA S.A. solicitó que se deniegue el amparo solicitado, habida cuenta que la accionante no demostró que el Tribunal incurriera en una vía de hecho.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 27 de septiembre de 2018, resolvió:

“[...]

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Eugenio Aquiles Portilla Lagos vulnerado por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO: En consecuencia, DEJAR sin efectos la providencia del 7 de marzo de 2018 y ORDENAR al Tribunal Administrativo de Nariño que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta providencia profiera un nuevo fallo de segunda instancia de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

[...]”.

Al resolver el caso concreto, la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la liquidación del IBL debía regirse por lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, según las cuales “[...] las pensiones de jubilación sujetas a estas últimas deben ser liquidadas con base en todos los factores salariales efectivamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado [...]”, dado que dicha normativa no indicó de forma taxativa los factores salariales que se debían tener en cuenta.

Adicionalmente, señaló que la omisión de la administración al efectuar los correspondientes descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social no podía ser un impedimento para que dichos emolumentos se incluyeran en la liquidación pensional de la actora.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Tribunal, solicitó que se tenga en cuenta los argumentos expuestos en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, dentro del expediente con el número único de radicación 52001-23-33-000- 2012-00143-001.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 (Expediente núm. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, Consejera ponente María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, consideró que es procedente, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que la misma o esta Corporación elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en Sentencia de Unificación de la Sala Plena de 5 de agosto de 2014, (Expediente núm. 2012-02201-01, Consejero ponente: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

En la mencionada sentencia, la Corte señaló los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

“[...] Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones^[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable^[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración^[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora^[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el

litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible^[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela^[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

... Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado^[11].

i. Violación directa de la Constitución [...]” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

En el caso bajo examen, la Sala advierte que la acción de tutela cumple con los requisitos generales que exige la sentencia C-590 de 2005, para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, dado que:

i) Es evidente que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional;

ii) Cumplió con el principio de inmediatez^{5 - 6};

iii) No existen medios ordinarios y/o extraordinarios de defensa judicial eficaces y eficientes con los cuales la accionante pueda lograr la protección de los derechos invocados;

iv) El actor agotó todos los medios de defensa judicial de que disponía, en la medida que interpuso el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, siendo decidido por el Tribunal Administrativo de Risaralda como se indicó *supra*;

v) Asimismo, en el caso *sub examine* no es procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003⁷, conforme a lo señalado en la citada norma y lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-427 de 11 de agosto de 2016⁸.

vi) Por no invocar la acción de tutela un defecto procedimental no es necesario hacer un análisis de este requisito;

vii) El actor identificó los hechos y los derechos cuya vulneración alega; y

viii) No se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela.

En el presente caso se advierte que el actor pretende que se deje sin efecto las providencias de 22 de agosto de 2017 y 7 de marzo de 2018, respectivamente, proferidas por el Juzgado y el Tribunal, dentro del medio de control con número único de radicación 52001-33-33-003-2014-00084-01.

A la citada providencia se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso habida cuenta que, a juicio del actor, las entidades judiciales accionadas desconocieron lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, como tampoco tuvieron en cuenta la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 (Expediente radicado bajo el núm. 2006-07509-01)⁹.

La presente acción de tutela fue resuelta en primera instancia por la Sección Quinta de esta Corporación que, mediante sentencia de 27 de septiembre de 2018, amparó el derecho fundamental al debido proceso del actor.

El Tribunal impugnó la anterior decisión porque consideró que se debía tener en cuenta la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, dentro del expediente con el número único de radicación 52001- 23-33-000-2012-00143-001.

Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial

En nuestro ordenamiento jurídico se han desarrollado en torno a las decisiones judiciales, entre otras, las siguientes figuras jurisprudenciales: la doctrina probable, el antecedente jurisprudencial, el precedente jurisprudencial, la sentencia de unificación y la extensión de la jurisprudencia.

Dichas figuras encuentran su fundamento legal en los artículos 4º de la Ley 169 de 31 de diciembre de 1896¹⁰ y 270 de la Ley 1437 de 18 de

enero de 2011¹¹; así como su respaldo jurisprudencial en las sentencias C-836 de 2001¹², C-816 de 2011¹³, C-179 de 2016¹⁴ y T-102 de 2014¹⁵.

En relación con esta causal, la Corte Constitucional ha desarrollado, ampliamente, el concepto del precedente judicial, definiéndolo así:

*"[...] conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia [...]"*¹⁶ (Se resalta).

Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia.

Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional¹⁷, según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-457 de 2008¹⁸ indicó:

"[...] En relación a la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: "Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado,

(ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación [...]". (Se resalta).

Sin embargo, la misma Corte ha precisado que, salvo en materia constitucional, cuya doctrina es obligatoria¹⁹, la regla del respeto del precedente no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse o convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta.

Lo anterior se traduce en el reconocimiento de un conjunto de supuestos en los cuales resulta legítimo apartarse del precedente judicial vigente, desarrollados jurisprudencialmente y recogidos en pronunciamientos anteriores de la Sala²⁰, a saber: i) la disanalogía o falta de semejanza estricta entre el caso que origina el precedente y el que se resuelve con posterioridad; ii) una transformación significativa de la situación social, política o económica en la que se debe aplicar la regla definida con anterioridad con fuerza de precedente; iii) un cambio en el orden constitucional o legal que sirvió de base a la toma de las decisiones adoptadas como precedentes; iv) la falta de claridad o consistencia en la jurisprudencia que debe ser tomada como referente y, v) la consideración que esa jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Sala ha reconocido que, *"[...] en los eventos referidos, el juez que se separa del precedente asume una especial carga de argumentación, en virtud de la cual debe exponer, de manera clara, razonada y completa, las razones en las que fundamenta el cambio de posición jurisprudencial [...]"*, para lo cual resulta obligatorio referirse a este -al precedente-, analizarlo respecto del caso concreto y fundamentar con suficiencia los motivos y las normas en que se sustenta la decisión de apartarse.

Así las cosas, y como lo ha sostenido la Sala, solo el desconocimiento injustificado de un precedente es el que da lugar a la configuración del defecto sustantivo, como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales²¹.

Protección internacional del derecho a la seguridad social La Sala considera importante indicar que existe una serie de instrumentos internacionales, dentro del marco de los derechos humanos, que tienen por objeto la protección del derecho a la seguridad social.

Con vocación universal, se pueden mencionar, entre otros, los siguientes instrumentos:

i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, mediante la Resolución núm. 217 A (III), en cuyo artículo 22 se dispone que “[...] *Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad [...]*”.

ii) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, mediante la Resolución núm. 2200 A (XXI) y aprobada por el Congreso Nacional mediante la Ley 74 de 1968 y en vigor para el Estado Colombiano desde el 3 de enero de 1976. En el artículo 9º en esta materia se dispone “[...] *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social [...]*”.

iii) En el marco de la Organización Internacional del Trabajo se han adoptado igualmente una serie de convenciones internacionales en la materia como el Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima) en 1952, el Convenio núm. 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social) en 1962, el Convenio núm. 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social en 1982 y el Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes en 1967, precisando que Colombia no es parte de ninguno de ellos.

Asimismo en el marco de la Organización Internacional del Trabajo se han adoptado las recomendaciones núms. 131, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes en 1967; 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social en 1983 y 202 sobre los pisos de protección social en 2012 (aceptada por Colombia).

En el ámbito regional se pueden mencionar, asimismo los siguientes instrumentos:

i) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá en 1948. En el artículo XVI se dispone que “[...] *Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia [...]*”.

ii) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “*Protocolo de San Salvador*”, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, aprobada por el Congreso Nacional, mediante la Ley 319 de 20 de septiembre de 1996 y declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y en vigor para Colombia desde el 16 de noviembre de 1999. En el artículo 9º se dispone:

“[...] Artículo 9º

Derecho a la Seguridad Social

1. *Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.*

2. *Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto [...]*”.

En el ámbito iberoamericano se puede mencionar el Convenio Iberoamericano de Seguridad, adoptado en Quito el 26 de enero de 1968, aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 65 de 1981 y en vigor para Colombia desde el 1º de septiembre de 1982, el cual tiene por objeto el respeto de los derechos de asistencia médico-sanitaria y prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes previstos en los sistemas obligatorios de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales vigentes en los Estados Contratantes y el Código Iberoamericano de Seguridad Social, adoptado en acordado por unanimidad en la “*Reunión de Ministros - Máximos Responsables de Seguridad Social de los Países Iberoamericanos*”, celebrada en Madrid el 18 y 19 de septiembre de 1995, aprobado por la Ley 516 de 4 de agosto de 1999 y declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-125 de 16 de febrero de 2000, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, que no está en vigor para Colombia.

En su artículo 1º se dispone que “[...] 1. El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano; 2. Este derecho se concibe como garantía para la consecución del bienestar de la población, y como factor de integración permanente, estabilidad y desarrollo armónico de la sociedad [...]”.

Protección de la seguridad social en el ordenamiento interno

Ahora bien, en el orden interno, el Sistema de Seguridad Social es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad²² y cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Para efectos del cumplimiento de estos fines, el ordenamiento permitió la existencia de diversos regímenes que posteriormente fueron unificados con la entrada en vigencia de la Ley 100. Asimismo, como se desarrollará *supra* la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²³ para garantizar los derechos adquiridos de las personas que pertenecían a los regímenes especiales anteriores, sentó jurisprudencia y consideró que: i) el artículo 36, inciso 3º, excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que previó el régimen general de pensiones anterior a dicha ley, y ii) que solo deben incorporarse aquellos factores sobre los cuales se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social, variando de esta forma la posición asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010²⁴.

Determinado lo anterior, la Sala procederá al estudio del ingreso base de liquidación y de los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las pensiones del régimen especial de los docentes, para efectos de determinar si la decisión de la autoridad accionada se encuentra acorde a la Constitución a la ley y a la jurisprudencia que constituye precedente o si, por el contrario, se incurrió en el defecto alegado.

Análisis del caso concreto

Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

Acervo y análisis de la sentencia accionada.

El Tribunal en la sentencia de 7 de marzo de 2018 se fundamentó en los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017²⁵, en la cual ratificó, que: i) el IBL no está incluido en los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por las normas anteriores a la Ley 100 en virtud del régimen de transición, y ii) señaló que la liquidación de las pensiones de los regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos sobre los cuales se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social. Textualmente el Tribunal, señaló:

“[...]Y recientemente, mediante sentencia SU-395 [de 22 de junio de 2017, la H. Corte Constitucional, insistió en que la forma de promediar la base de liquidación no puede ser la que está estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación, así como tampoco se puede entender que los conceptos de monto pensional o tasa de reemplazo son equivalentes al ingreso base de liquidación, pues éste último a la base sobre la cual efectuó sus aportes al sistema. Respecto al periodo por liquidar, es el tiempo que le falta al afiliado para adquirir el derecho, esto es, el que transcurre entre la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1933, y la fecha en que se adquirió el derecho a la pensión, o el promedio de los (10) años

anteriores a la fecha de su adquisición, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Conforme a los lineamientos jurisprudenciales previamente transcritos, la noción de monto, solamente comprende el porcentaje, y no la base salarial, por cuanto el ingreso base de liquidación no está contenido en el régimen de transición y, por tanto, para su cálculo se deben observar las reglas contenidas en el régimen general de pensiones.

En el caso bajo estudio no cabe duda, que el señor Eugenio Aquiles Portilla Lagos tiene derecho al beneficio de una pensión vitalicia de jubilación, como así le fue reconocida a través de la Resolución No. 726 del 3 de septiembre de 2008, efectiva a partir del 14 de mayo de 2007.

Además, en el acto administrativo de reconocimiento, quedó establecido que al demandante se le aplicó el régimen especial pensional contenido en la Ley 91 de 1989 y en la Ley 33 de 1985.

La pensión de vejez del demandante se calculó, en el setenta y cinco por ciento (75%) de la base de liquidación, es decir, de lo que el beneficiario devengó por concepto de salario básico, durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, y sobre los cual se demostró que se realizaron los aportes para efectos del reconocimiento pensional, es decir, el promedio de la asignación básica mensual.

Aunque de los documentos que reposan entre los folios 20 y 21 del expediente se deduce, que además del factor enunciado, el trabajador también devengó la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación, que no fueron incluidas dentro de los factores salariales, lo cierto es que no existe prueba que sobre estos factores se hubieran realizado las cotizaciones al sistema de seguridad social, por ello no se pueden incluir en la base de cálculo de la prestación.

Así las cosas, es evidente que para liquidar la pensión del demandante, la entidad demandada aplicó el régimen contenido en la Ley 91 de 1989, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y a la tasa de reemplazo, y calculó el ingreso base de liquidación (IBL) con la inclusión del único factor sobre el cual se demostró que el beneficiario realizó sus aportes, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985. En ese entendido, y de conformidad con las normas y los lineamientos jurisprudenciales reseñados, respecto de los actos demandados no se avizora causal de nulidad alguna.

Se deja constancia que es el acatamiento de los parámetros interpretativos de la Corporación Constitucional la razón por la cual se asume este precedente. Pero más aún, la ausencia de claridad que se desprende de la sentencia que, el 29 de marzo del 2017, emitió la Subsección B, de la Sección Segunda, del H. Consejo de Estado en relación con la aplicación del precedente y la Circular Conjunta que en el mes de diciembre de 2017 emitieron al Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

[...]”.

La Sala hará mención a: i) régimen pensional de los docentes, ii) la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018²⁶ respecto del ingreso base de liquidación en el régimen de transición y de los factores salariales a incluir en la liquidación y iii) el estudio de la sentencia SU- 395 de 2017 proferida por la Corte Constitucional, para efectos de establecer si en el presente caso hubo o no desconocimiento de dichos precedentes judiciales, de la siguiente manera:

Régimen pensional de los docentes

La Sala considera necesario precisar que vistos los artículos 279 de la Ley 100 de 1993²⁷ y 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003²⁸, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente atendiendo al principio de favorabilidad laboral²⁹. Este mandato fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005³⁰, así:

“[...] PARÁGRAFO TRANSITORIO 1. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]”.

En el presente caso, comoquiera que el actor estuvo vinculado al servicio docente desde 1980 se le aplica el régimen establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 91 de 1989³¹, que en su artículo 15, señaló:

“[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]”.

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, dispone que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional o territorial, son empleados oficiales de régimen especial; y, en cuanto al régimen pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la actora, están sometidos a lo regulado en las Leyes 33 y 63 de 1985, el cual, en su artículo 3º estableció que los factores que deben servir para determinar la base de liquidación, eran todos aquellos que hubieren servido de base para calcular los aportes³².

En un principio, dichas disposiciones fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado³³, en las que señaló:

El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, entre otros las Leyes 33 de 1985 y 6ª de 1945.

Para el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes señalados en el párrafo anterior se debía tener como cuantía el 75% del salario mensual promedio del último año, con la inclusión de todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibió el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, ello en aplicación de las sentencias citadas *supra*.

La omisión en la realización de descuentos para aportes a seguridad social sobre algunos factores percibidos por el beneficiario de forma habitual y periódica no impedía el reconocimiento de dichos conceptos en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, toda vez que aquellos podían ser descontados por la entidad cuando se hiciera el reconocimiento prestacional.

Si la vinculación al servicio docente fue con posterioridad al 26 de junio de 2003, el derecho pensional se adquiere conforme los requisitos previstos en la Ley 100.

Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018³⁴

Ahora la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2018, sentó jurisprudencia y fijó las siguientes reglas y subreglas sobre: i) el ingreso base de liquidación establecido para el régimen de transición de las personas que cuentan con un régimen pensional especial y ii) de los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación. Textualmente, señaló:

"[...] 84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el período que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio", mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que 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 este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el período de transición abarcaría varias décadas³⁵.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

90. En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho

referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que

conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el período que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; período que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993³⁶, así:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el período para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los

docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁷. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

2. Pensiones:

[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...].”

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...].”

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

"[...] PARÁGRAFO TRANSITORIO 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para

hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. *La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*

97. *Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.*

98. *El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.*

99. *La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.*

100. *De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

101. *A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*

102. *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

103. *Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. (Se subraya)*

De lo anterior se colige que:

El ingreso base de liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

No obstante, dicha regla no se aplica a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, toda vez que fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100, en esa medida no están cobijados por el régimen de transición y su régimen está previsto en el

artículo 15 de la Ley 91 de 1989, normativa que dispone que la pensión de jubilación se reconocerá con el 75% del salario mensual promedio del último año de servicios.

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 tendrán los derechos del régimen pensional de prima medida establecido en las leyes 100 y 797, ello, conforme el artículo 81 de la Ley 812.

De acuerdo con la interpretación fijada por el Consejo de Estado, en la segunda subregla establecida en la precitada sentencia de unificación, “[...] en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional [...]”, subregla que, en tanto fija el sentido y alcance del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se aplica tanto a los docentes como a los beneficiarios del régimen de transición.

Finalmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo señaló que la citada sentencia de unificación tiene características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio, señalando que las reglas jurisprudenciales que se fijaron se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, lo cual garantiza la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la seguridad social.

Determinada la posición asumida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la Sala procederá a realizar el estudio de la aplicación de la sentencia SU 395 de 2017 al caso concreto, siendo necesario verificar la procedencia de los siguientes criterios: i) que en la *ratio decidendi* de las sentencias se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta *ratio* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y, iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente³⁸.

Alcance de la sentencia SU- 395 de 2017

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia SU-395 de 22 de junio de 2017, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, reiteró las posturas de las sentencias C-258 de 2013³⁹, SU-230 de 2015⁴⁰ y SU- 427 de 2016⁴¹ y delimitó la temática del pronunciamiento a los siguientes tópicos: i) la aplicabilidad y alcance del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100, en particular frente a beneficiarios de marcos normativos especiales como es el caso de los Decretos 546 de 1971⁴² y 929 de 1976⁴³; 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.

Tras hacer referencia a la evolución del sistema pensional en Colombia, explicó que, con la entrada en vigencia de la Ley 100, el artículo 36 ofreció a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultratractivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones.

De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, la Corte Constitucional explicó que basta con cumplir con uno de estos requisitos, con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 en lo referente a la i) edad, i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y iii) el monto de la pensión de vejez.

En la sentencia, la Corte explicó que, en relación con los dos primeros presupuestos no ha habido mayor dificultad en su interpretación. Sin embargo, frente al tercero, esto es, “*el monto*”, señaló que ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial. Al respecto, en la sentencia, la Corte consideró lo siguiente:

“[...] Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017⁴⁴, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴⁵. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión⁴⁶. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con

posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios⁴⁷.

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

8.9. En este punto, bien vale la pena traer a colación la Sentencia SU-230 de 2015⁴⁸, en donde la Corte dejó en claro que hasta ese momento era dable identificar en su jurisprudencia dos acepciones en relación con el monto. Una en el marco de los regímenes especiales y, otra, como beneficio del régimen de transición. De ahí que en la actualidad, se haya indicado que, “en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...).”⁴⁹ [...].

Posteriormente, la Corte Constitucional explicó que, con ocasión de la expedición de la Sentencia C-258 de 2013⁵⁰, se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 y señaló que, en dicho fallo, la Sala Plena declaró inexecutable la expresión “*durante el último año*” contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, y fijó una interpretación clara sobre la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición: 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, 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* [...]”.

En la sentencia de unificación, la Corte explicó que “[...] *Precisamente, en el Auto 326 de 2014, la Sala Plena reafirmó el alcance de la Sentencia C-258 de 2013, al señalar que la regla de interpretación frente al ingreso base de liquidación -IBL- no solo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta un “precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna” [...]*”, es decir, a los cobijados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100.

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

Posteriormente, en la sentencia SU 395 de 2017, la Corte Constitucional al resolver la acción de tutela identificada como expediente T-3.358.979, señaló lo siguiente:

[...] 10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985-, inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación.

[...]

En primer lugar, como quedó sentado en el aparte considerativo de la presente sentencia, el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.

Ahora bien, esa garantía de poder recibir un monto de pensión igual, no se traduce automáticamente en la tesis de que una ley nueva no pueda consagrar reglas diferentes en la materia, siempre y cuando los extremos de la expectativa legítima no se vean reducidos al punto de hacer nugatorio o aparente el derecho al régimen de transición⁵¹. Así, para la creación, funcionamiento y sostenimiento de un nuevo sistema es necesario contar con reglas que garanticen los principios que lo sustentan, entre ellos, la sostenibilidad financiera del mismo. De manera que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado. Por esta razón, se estableció en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, un ingreso base de liquidación para quienes fueren beneficiarios del régimen de transición.

Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Tratándose de los servidores del Estado, como es el caso de los que se regían por la Ley 33 de 1985, salvo algunos casos exceptuados, la regla es el traslado al régimen general de pensiones. En efecto, el artículo 273 de la ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, estableció que se podrán incorporar "respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud". Con esta disposición ya se cumplió. El Decreto 691 de 1994 incorporó al sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral. Particularmente, se indicó que para ellos la vigencia del sistema general de pensiones comenzó a regir, en el orden nacional, el 1° de abril de 1994.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4°. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión “monto de la pensión” incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La Sentencia SU-1073 de 2012, al estudiar la cuestión de la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que ésta sólo podrá realizarse sobre el pago de las mesadas que no haya prescrito en los términos del Código Sustantivo del Trabajo (tres años).

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.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, “impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones” [...] (Destacado de la Sala).

En suma, la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 reiteró que: i) el ingreso base de liquidación no está incluido en los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por las normas anteriores a la Ley 100 en virtud del régimen de transición, y ii) señaló que la liquidación de las pensiones de los regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos sobre los cuales se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social.

Análisis y resolución del problema jurídico planteado

En el caso *sub examine* no está en discusión el ingreso base de liquidación con la que fue reconocida la pensión de jubilación del actor, en la medida que el Tribunal accionado aplicó los parámetros señalados por la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario mensual promedio del último año de servicios.

Ahora, frente al punto de debate, es decir, respecto a los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812, es importante tener en cuenta que el criterio jurisprudencial señalado por la Sección Segunda de esta Corporación se modificó con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado citada *supra*, que señaló que los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no de la transición pensional son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, lo cual impone al juez de tutela realizar una valoración de la decisión cuestionada, atendiendo al citado precedente jurisprudencial, en atención a los efectos retrospectivos y por su carácter vinculante y de precedente obligatorio, aplicable a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial.

En el caso concreto, el Tribunal al liquidar la pensión de jubilación de la actora señaló que no se podían incluir todos los factores salariales e incorporó únicamente aquellos factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes al sistema de seguridad social.

Lo anterior lleva a concluir que el Tribunal accionado no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que si bien es cierto aplicó la sentencia SU - 395 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, que resultaba inaplicable al caso concreto, por cuanto en ella se aborda el análisis de las reglas aplicables a la determinación del IBL en los casos amparados por el régimen de transición

establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no en relación con el régimen pensional de los docentes regulados por la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, también lo es que sustentó su decisión en el alcance que debe darse a las precitadas disposiciones a partir del contenido del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En esa medida, la interpretación realizada del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y su aplicación en el caso concreto se ajusta al criterio determinado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación vigente citada *supra*.

Conclusiones de la Sala

Por las razones antes señaladas, la Sala revocará la sentencia proferida, en primera instancia, por la Sección Quinta del Consejo de Estado y, en su lugar, negará las pretensiones de la solicitud de tutela.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada y, en su lugar, se dispone:

DENEGAR el amparo solicitado por el actor.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 10 de diciembre de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

PRESIDENTE

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 En adelante el Tribunal.

2 En adelante FOMAG.

3 En adelante el Juzgado.

4 El actor prestó sus servicios como docente nacionalizado desde 1980.

5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de agosto de 2014, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado Núm. 11001-03-15-000-2012- 02201-01. En dicho pronunciamiento, en lo pertinente, se sostuvo: “[...] Anótese que el término o plazo de inmediatez no es único. Eso explica que las diversas secciones del Consejo de Estado hayan fijado pautas diferentes sobre este aspecto.

Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad. La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional [...].”

6. Puesto que se interpuso antes de que transcurrieran (6) meses después de notificada la providencia de 15 de junio de 2018 proferida por el Tribunal.

7. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

8. Corte Constitucional, sentencia SU 427 de 11 de agosto de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

10. “Sobre reformas judiciales”. (Doctrina probable).

11. “se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

12. Corte Constitucional, sentencia C - 836 de 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. (Doctrina probable).

13. Corte Constitucional, sentencia C - 816 de 1 de noviembre de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. (Sentencias de unificación jurisprudencial).

14. Corte Constitucional, sentencia C - 179 de 13 de abril de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. (Sentencias de unificación jurisprudencial).

15. Corte Constitucional, sentencia T-102 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Antecedente jurisprudencial).

16. Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

17. Corte Constitucional, Sentencia T- 760A de 2011. M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

18. Corte Constitucional, Sentencia T 953 del 13 de mayo de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

19. Ver sentencias Corte Constitucional C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.

20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 13 de marzo de 2013. M.P. Guillermo Vargas Ayala, número único de radicación 11001-03-15-000- 2012-02074-00.

21. Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 13 de marzo de 2013. C.P. Guillermo Vargas Ayala, número único de radicación 11001-03-15-000-2012-02074-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 18 de abril de 2013. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, número único de radicación 11001-03-15-000-2012-01797-00.

22 Preámbulo de la Ley 100.

23 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 52001 23 33 000 2012 00143 01

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, número único de radicación 25000-23- 25-000-2006-07509-01.

25 Corte Constitucional, sentencia SU 395 de 22 de junio de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

26 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de

28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 52001 23 33 000 2012 00143 01.

27 “ARTÍCULO. 279. - Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

28 El citado artículo señala: “[...] Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...]”

29 Artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política

30 Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política

31 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

32 Artículo 3º de la Ley 33 de 1985. "Artículo 3º. 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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."

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de abril de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, número único de radicación 66001-23-33-000-2014-00476-01. La Sala precisa que en la sentencia referida se hace mención a la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 26 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, número único de radicación 15001-23-31-000-2005-02159-00.

34 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 52001 23 33 000 2012 00143 01.

35 En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

36 Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone que 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.

37. Ley 100 de 1993. "Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".

38. Frente al tema de la configuración del precedente judicial ver Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

39. Corte Constitucional, sentencia C- 258 de 7 de mayo de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

40. Corte Constitucional, sentencia SU 230 de 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

41. Corte Constitucional, sentencia SU- 427 de 11 de agosto de 2006 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

42. "Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares".

43 "Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares".

44. M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

45. Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

46. Ídem.

47. Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

48. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

49. Sentencia T-060 de 2016.

50. Corte Constitucional, sentencia C- 258 de 7 de mayo de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

51 El interesado en el régimen de transición se acoge a él no solamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es muy claro y es una norma de orden público, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor, y, además, porque en la ley 100 art. 11 y en la propia Constitución (artículo 53) se establece el principio de favorabilidad. Consultar Sentencia T-235 de 2002.

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 18:49:39