

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Reliquidación de pensión de jubilación / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Inexistencia / CÁLCULO DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN PARA BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - No existía criterio unificado al momento de proferirse la sentencia cuestionada / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL - Aplicación / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / FACTORES A TENER EN CUENTA PARA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN - Aquellos objeto de aporte / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[P]ara la Subsección es claro que el Tribunal accionado al negar la reliquidación pensional del [actor] se cimentó en la sentencia SU-395 de 2017, que reiteró el criterio fijado en las providencias T-078/2014, A-326/2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, según las cuales el régimen de transición únicamente comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL. Obsérvese que ante la diferencia de criterios, esto es, entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el Tribunal accionado adoptó el que consideró apropiado, en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez, es decir, optó por aplicar el precedente jurisprudencial determinado por la Corte Constitucional y no la posición sentada para ese momento por esta Corporación. En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (...) son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes. (...) En esa medida, no puede afirmarse que el ad quem desconoció los derechos que asisten a la parte accionante, pues su decisión la adoptó con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, la autoridad demandada no incurrió en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, toda vez que ante la disparidad de criterios sobre el mismo asunto, decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 228 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 230

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia resalta que la Sala Plena del Consejo de Estado unificó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. César Palomino Cortés, así mismo, la precipitada sentencia señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias; salvo los casos en los que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03749-01(AC)

Actor: CARLOS ARTURO ULLOA PEÑA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia del 31 de octubre de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

HECHOS RELEVANTES

a) Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

El señor Carlos Arturo Ulloa Peña interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones GNR 089293 del 07 de mayo de 2013 y VPB 119982 del 24 de julio de 2014, por medio de las cuales se negó la reliquidación de su pensión.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a la demandada a pagar su pensión con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985, 71 de 1988 y las demás normas concordantes.

El 03 de mayo de 2016 el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda. La parte demandada impugnó la anterior decisión.

El 12 de julio de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

b) Inconformidad

Afirmó que el Tribunal accionado al emitir el fallo del 12 de julio de 2018 desconoció el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en

la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, en la cual se indicó que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, para liquidar las pensiones de los servidores públicos amparados por el régimen de transición, deben tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

Lo anterior, en razón a que la Ley 33 de 1985 no señala de forma taxativa los factores salariales que conforman el IBL, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Norma que, en su criterio, resulta aplicable a su caso concreto.

Discutió que si bien el Tribunal accionado hizo referencia a la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado, lo cierto que luego se apartó de la misma sin justificar las razones que lo conllevaron a ello.

Aunado a lo anterior, sostuvo que la sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional no resultaba aplicable a su situación porque únicamente fue extensiva a los regímenes especiales de los congresistas y magistrados de las Altas Cortes, así como tampoco la SU-230 de 2015 al gozar de efectos erga omnes y no constituir precedente jurisprudencial vertical obligatorio.

PRETENSIONES

Solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital de las personas de la tercera edad, así como sus derechos adquiridos y expectativas legítimas, principio de seguridad jurídica, favorabilidad laboral e inescindibilidad de la ley, debido proceso e igualdad procesal.

En consecuencia, ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, revocar la providencia del 12 de julio de 2018, que a su vez revocó la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para que en su lugar, ordene reliquidar su pensión con el 75% de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro efectivo, es decir, el 03 de julio de 2006 hasta el 02 de julio de 2007.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO

Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá (f. 74)

Indicó que la sentencia proferida por ese despacho se fundó en la normativa y jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, específicamente, en la sentencia del 04 de agosto de 2010.

Agregó que la acción de tutela de la referencia es improcedente, dado que la jurisdicción constitucional no es una instancia adicional a las existentes.

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (ff. 98-104)

Los argumentos expuestos no serán tenidos en cuenta, toda vez que fueron allegados de manera extemporánea, esto es, luego de emitida la decisión de primera instancia.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

No emitió pronunciamiento alguno, a pesar de que el 17 de octubre de 2018 fue debidamente notificado (f. 71).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 31 de octubre de 2018 la Sección Primera del Consejo de Estado denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Ulloa Peña al considerar que la autoridad judicial accionada no incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial determinado por el Consejo de Estado, en la medida que la providencia controvertida se ajustó al criterio fijado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la cual resulta aplicable al caso concreto por sus efectos retrospectivos.

Al respecto, precisó que el criterio que se había establecido en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 ya no puede ser parámetro de control como el accionante lo reclama, en la medida que dicha posición fue modificada en la precitada sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, lo cual impone al juez de tutela realizar una valoración de la decisión cuestionada, con aplicación del citado precedente jurisprudencial por sus efectos retrospectivos, su carácter vinculante y obligatorio, en los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial.

IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo de primera instancia, en el sentido de insistir en que el Tribunal accionado incurrió en desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado en la sentencia de unificación del 04 de agosto de

2010, pues no podía exigirse la aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado al haberse tramitado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en su totalidad con anterioridad a la expedición de la misma.

Por lo anterior, solicitó revocar la providencia impugnada y, en su lugar, acceder al amparo invocado en la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección “A”, de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 2.º del Acuerdo 55 de 2003¹, en cuanto estipula que *“Las impugnaciones contra providencias expedidas en los procesos de qué trata el inciso primero del numeral 2 del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, serán repartidas a la sección o subsección que siga en orden a aquélla que dictó la providencia”*.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional² y el Consejo de Estado³ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia de Jorge

¹ Por medio del cual se modificó el reglamento interno del Consejo de Estado.

² Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

³ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

Octavio Ramírez, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes⁴: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de forma absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto ocurre cuando: el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando: se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas o exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurrió en una cualesquiera de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

Problema jurídico

⁴Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.

En el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, por tanto, la parte motiva se ocupará de las causales específicas, que para el asunto bajo examen el análisis se centra en el desconocimiento del precedente judicial.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia puede resumirse en las siguientes preguntas:

1. ¿La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado resulta aplicable al caso concreto?
2. ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca expuso las razones por las cuales para efectos de decidir sobre la reliquidación de la pensión del señor Carlos Arturo Ulloa Peña acogió el criterio fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017?

Para resolver el problema así planteado se abordarán las siguientes temáticas: (I) inaplicabilidad de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado; (II) desconocimiento del precedente judicial; (III) posición de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre los factores salariales y el IBL de las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985: la sentencia discutida. Veamos:

I. Inaplicabilidad de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado.

La Subsección encuentra que la Sección Primera de esta Corporación a través del fallo de tutela del 31 de octubre de 2018 denegó el amparo invocado por el señor Carlos Arturo Ulloa Peña, al considerar que la interpretación efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B se ajustó a lo determinado por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁵, en la que se fijó la regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición.

Sin embargo, lo primero que se advierte es que la providencia que aquí se discute fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, el 12 de julio de 2018, de manera que la aludida sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se encontraba vigente para ese momento.

⁵ Consejo de Estado, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, M.P César Palomino Cortés, Exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

En segundo lugar, se resalta que la Sala Plena del Consejo de Estado en la precitada sentencia señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias; salvo los casos en los que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

En ese entendido, se tiene que la situación particular del señor Ulloa Peña fue definida en vía judicial el 12 de julio de 2018, cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, dictó sentencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado con la finalidad de obtener la nulidad de las Resoluciones GNR 089293 del 07 de mayo de 2013 y VPB 119982 del 24 de julio de 2014, mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones negó la reliquidación de su pensión.

En ese orden de ideas, el asunto bajo estudio no se encontraba pendiente de solución al momento de proferirse la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena del Consejo de Estado, por lo que no había lugar a aplicarse la regla fijada en dicho pronunciamiento.

Al respecto, se precisa que la acción de tutela no puede considerarse como un mecanismo ordinario correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, por tanto, no puede pretenderse que a través de la solicitud de amparo constitucional se reviva una situación que fue definida en vía judicial a través de las sentencias de primera y segunda instancia emitidas por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, decisiones que son inmodificables a menos de que incurran en una de las causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

Así las cosas, para esta Subsección no es de recibo el argumento en el que la Sección Primera de esta Corporación se fundamentó para negar las pretensiones invocadas por el señor Ulloa Peña, comoquiera que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no resultaba aplicable para el momento en el que en sede ordinaria se definió su caso concreto. En consecuencia, se continuará con el estudio de la siguiente manera:

II. Desconocimiento de precedente judicial

La Corte Constitucional ha sostenido que el desconocimiento del precedente jurisprudencial constituye una causal de procedibilidad de la

acción de tutela⁶, pues si bien es cierto los jueces gozan de autonomía para adoptar la decisión a que haya lugar, también lo es que la misma goza de unos límites como es el respeto por el precedente judicial.

Debe precisarse que el respeto por el precedente jurisprudencial no puede ser entendido de manera absoluta, ya que se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales. No obstante, se ha admitido la separación del mismo siempre que se expongan las razones por las cuales se aparta.

En sentencia T-446/13, la Corte Constitucional sostuvo que para el efecto deben cumplirse dos requisitos: (i) hacer una referencia expresa del precedente aplicado a casos similares y (ii) exponer las razones suficientes por las que considera que el mismo no resulta ajustado al asunto estudiado.

En ese orden de ideas, cuando un juez se aleja del precedente judicial sin exponer los motivos para hacerlo, tal actuación constituye una vulneración al derecho a la igualdad.

III. Posición de la Corte Constitucional sobre los factores salariales y el IBL para liquidar en las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.

En sentencia C-258 de 2013⁷ la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4.^a de 1992.

En dicha providencia se determinó que el artículo 17 de la referida Ley es constitucional si se entiende entre otras, 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.

Asimismo, al no ser el ingreso base de liquidación (IBL) un aspecto sujeto a transición, las reglas que deben seguirse para aplicar el IBL a todos los beneficiarios del citado régimen especial son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los aportes cotizados durante los últimos 10 años.

⁶ Ver entre otras sentencias: T-446/13, T-360/14 y T-309/15.

⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La tesis acerca del IBL en el régimen de transición fue reiterada y acogida en la sentencia SU-230 de 2015 al extender a todos los demás regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el modo de promediar el ingreso base de liquidación contemplada en el inciso 3.º de dicha normativa.

Ahora, recientemente la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 reiteró que a los beneficiarios del régimen de transición debe aplicárseles el IBL establecido en el artículo 21 y el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, lo que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado haya cotizado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, lo que significa que no puede incluirse todos los factores salariales, en tanto sólo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los respectivos aportes.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional hizo referencia a que en las providencias T-078/2014, A-326/2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, se dejó claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición únicamente comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL.

IV. Posición del Consejo de Estado sobre los factores salariales y el IBL para liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, con radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila señaló que las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985 se calculan con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa en la norma.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en cuanto al IBL, mediante sentencia de unificación jurisprudencial emitida el 25 de febrero de 2016 por el Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve de la Sección Segunda de esta Corporación, en el proceso con radicado 25000-23-42-000-2013-01541-01, consideró que la sentencia SU-230 de 2015 avaló la interpretación que tiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de liquidar la pensión de jubilación con el promedio de los últimos 10 años de servicios de conformidad con el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A su vez, precisó que la Corte Constitucional no se refirió a las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional y que por más de veinte años ha sostenido que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), salvo para las pensiones de Congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013.

De igual forma, sostuvo que la sentencia C-258 de 2013 no constituye precedente para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, en tanto que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4.º de 1992 artículo 17 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público.

Y si bien es cierto la anterior providencia se dejó sin efectos en el fallo proferido el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado⁸; en la sentencia de reemplazo del 9 de febrero de 2017 se reiteró que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa.

Igualmente, afirmó que la interpretación que ha venido aplicando es razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas públicas y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Además, precisó que debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

Por último, se advierte que la Sala Plena del Consejo de Estado recientemente en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, expediente radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, fijó la regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición, en el sentido de aclarar que el IBL del inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 forma 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.

⁸ Radicado 1001-03-15-000-2016-01334-01.

Para el efecto, se fijaron dos subreglas, la primera de ellas consiste en el período que debe tenerse en cuenta al liquidar la pensión y, la segunda, en los factores que deben incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición.

Específicamente, en lo que tiene que ver con el período computable en la liquidación pensional se dijo que:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL 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 IPC, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el IBL 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.

Y en lo concerniente a los factores salariales se advirtió que únicamente deberán incluirse en la liquidación pensional aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

- Sentencia discutida y la aplicación del precedente de la Corte Constitucional

El señor Carlos Arturo Ulloa Peña a través de la presente acción de tutela pretende que se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital de las personas de la tercera edad, así como sus derechos adquiridos y expectativas legítimas, principio de seguridad jurídica, favorabilidad laboral e inescindibilidad de la ley, debido proceso e igualdad procesal, presuntamente desconocidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B.

Para ello, sostuvo que la autoridad judicial mencionada al emitir la providencia del 12 de julio de 2018 desconoció el precedente jurisprudencial dictado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, a pesar de ser el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa (ff. 1-39).

La Sección Primera del Consejo de Estado, por medio del fallo de tutela del 31 de octubre de 2018, denegó el amparo invocado por el señor Ulloa Peña, en el entendido de que la interpretación que el Tribunal accionado efectuó

se ajustó al criterio determinado por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, a través de la cual se unificó la tesis sobre los factores salariales que deben incluirse en el IBL de las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en sede de impugnación, la parte accionante insistió en que el Tribunal accionado se apartó de los postulados señalados en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por el Consejo de Estado, sin cumplir con la carga argumentativa suficiente para ello (ff. 116-126).

Pues bien, en primer lugar se advierte que en este acápite se efectuará un análisis respecto a la inconformidad relacionada con el desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, por cuanto quedó definido lo correspondiente a la inaplicabilidad de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Así, lo primero que se tiene es que el señor Carlos Arturo Ulloa Peña presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con la intención de que se declarara la nulidad de las Resoluciones GNR 089293 del 07 de mayo de 2013, a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones negó la reliquidación de su pensión con inclusión de todos los factores salariales, y VPB 119982 del 24 de julio de 2014, mediante la cual se resolvió negativamente un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión.

Como consecuencia de lo anterior, el señor Ulloa Peña solicitó la reliquidación de su pensión con el 75% de los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

Al respecto, se observa que el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, en audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó a la entidad demandada a tener en cuenta en la liquidación de la pensión del señor Ulloa Peña el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicio comprendido entre el 1.º de julio de 2006 al 2 de julio de 2007, con inclusión de la asignación básica, prima técnica, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, bonificación anual, prima de navidad y gastos de representación (ff. 41-46).

La parte demandada impugnó la anterior decisión. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, a través del fallo del 12 de julio de 2018 revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar,

negó las pretensiones invocadas, fundamentándose en la sentencia SU-395 de 2017 emitida por la Corte Constitucional (ff. 48-64).

Como argumento de la decisión y luego de hacer un recuento de las posiciones fijadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el Tribunal de la referencia señaló *«esta Sala se apartará del precedente horizontal sostenido hasta la actualidad, para adoptar la interpretación dada por la Corte Constitucional en relación a la aplicación del régimen normativo en transición en la liquidación de las pensiones de los servidores públicos.»*

En igual sentido, la autoridad judicial accionada sostuvo *«Así las cosas, [...] la liquidación o reliquidación de las pensiones que se hallen en el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se tendrá en cuenta la edad y tiempo de servicio o cotización del régimen anterior aplicable a cada caso; sin embargo, en relación a el monto o porcentaje aplicable, se entenderá que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera 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, [...] y; los factores salariales que se tendrán en cuenta para dicha liquidación serán los contenidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, esto es, deberán incluirse los faltantes y excluirse aquellos que no estén relacionados taxativamente, y en la forma allí dispuesta.»*

Bajo ese entendido, el Tribunal accionado precisó que *«[...] se avizora que el ente de previsión adecuó la situación fáctica pensional del demandante al régimen pensional en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando la edad y tiempo de servicio dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, como se evidenció de los actos administrativos traídos a colación; asimismo, dio aplicación del monto y liquidación en los términos dados anteriormente, tomando lo devengado durante los últimos 10 años a la última fecha de cotización con los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, actualizado de conformidad con el IPC, aplicándole a la suma total el 75%.*

En ese orden de ideas, la Sala concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la forma solicitada por la parte demandante, [...]».

En virtud de lo anterior, para la Subsección es claro que el Tribunal accionado al negar la reliquidación pensional del señor Ulloa Peña se cimentó en la sentencia SU-395 de 2017, que reiteró el criterio fijado en las providencias T-078/2014, A-326/2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-

427 de 2016 y SU-210 de 2017, según las cuales el régimen de transición únicamente comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL.

Obsérvese que ante la diferencia de criterios, esto es, entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el Tribunal accionado adoptó el que consideró apropiado, en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez, es decir, optó por aplicar el precedente jurisprudencial determinado por la Corte Constitucional y no la posición sentada para ese momento por esta Corporación.

En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.

Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar justicia pueden a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador. De igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar por la interpretación que según su leal saber y entender consideren más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decide razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.

En esa medida, no puede afirmarse que el *ad quem* desconoció los derechos que asisten a la parte accionante, pues su decisión la adoptó con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, la autoridad demandada no incurrió en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, toda vez que ante la disparidad de criterios sobre el mismo asunto, decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.

De igual manera, en lo que tiene que ver con los fallos traídos a colación por el accionante, los cuales fueron emitidos por distintos Tribunales del país, en los cuales se acogió la postura fijada por el Consejo de Estado en la

sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 al resolver situaciones similares a la del aquí accionante, la Subsección señala que la divergencia de posiciones entre jueces de igual jerarquía no desconoce *per se* el derecho a la igualdad.

Es natural que dos jueces de la misma categoría tengan posiciones diferentes frente a un particular asunto y, por ende, para establecer si se vulneró el derecho a la igualdad y si, de contera, se desconoció el precedente judicial, el juez de tutela debe examinar si la providencia acusada tiene argumentos razonables y suficientes.

Justamente, aquí la Subsección encuentra que la decisión cuestionada cuenta con la carga argumentativa suficiente, lo que obliga a descartar la vulneración de derechos fundamentales.

Además, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, expuso, al momento de decidir sobre la reliquidación de la pensión del señor Ulloa Peña, las razones por las cuales consideró pertinente acoger el criterio fijado por la Corte Constitucional.

En conclusión: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B al proferir el fallo del 12 de julio de 2018 no incurrió en ningún defecto, toda vez que ante las diferencias de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado podía optar por una de ellas.

Por tanto, se confirmará la sentencia del 31 de octubre de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado que denegó la solicitud de tutela interpuesta por el señor Carlos Arturo Ulloa Peña en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, pero de conformidad con lo aquí expuesto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 31 de octubre de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado que denegó la solicitud de tutela interpuesta por el señor Carlos Arturo Ulloa Peña en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, pero de conformidad con lo aquí expuesto.

Segundo: Notificar a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Tercero: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cuarto: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS