



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Niega / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CÓMPUTO DE LOS FACTORES SALARIALES EN EL CÁLCULO DEL IBL DE LA MESADA PENSIONAL - Sobre los cotizados al sistema / ADECUADA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL CÓMPUTO DEL IBL EN LA RELIQUIDACIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES - Sentencia SU de 28 de agosto de 2018 / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL - No configuración

La Sala revocará la decisión de primera instancia y negará las pretensiones de la acción de tutela, pues encuentra que la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia no incurrió en un defecto sustantivo con ocasión de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019. (...) [En efecto,] la Sala encuentra que los factores salariales que se deben incluir a la hora de liquidar la mesada pensional de la señora [L.C.] son solamente aquellos sobre los que efectuó aportes al sistema general de pensiones. Para la Sala, que la accionante no haya cotizado para salud o pensión a lo largo de su vida laboral, no es óbice para desconocer la normativa vigente o para alejarse de la jurisprudencia que se ha proferido en desarrollo de esta. En este orden de ideas, la Sala concluye que la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia aplicó e interpretó tanto las normas como la jurisprudencia de forma adecuada y con observancia en las garantías fundamentales de la accionante. En efecto, tal como consta en (...) la presente providencia, su decisión se dictó en concordancia con la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena del Consejo de Estado.

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento de voto del doctor Fredy Ibarra Martínez, sin medio magnético a la fecha 16/09/2021

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C. treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021)



Radicación número: 11001-03-15-000-2021-02160-01(AC)

Actor: MARÍA NELCY LLANO CANO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA Y OTRO

Temas: Acción de tutela contra providencias judiciales / Defecto sustantivo / Requisito de relevancia constitucional / Sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo / Se revoca la sentencia de primera instancia y se niega el amparo.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada contra la sentencia proferida el 2 de julio de 2021 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la improcedencia del amparo constitucional solicitado por la señora María Nelcy Llano Cano contra la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y el Juzgado 31 Administrativo del Circuito de Medellín.

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado es la competente para conocer de la impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y 1983 de 2017 y en el Acuerdo 80 de 2019 de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud de amparo

1.- El 3 de mayo de 2021 la señora Llano Cano presentó, a través de apoderado judicial, una acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la igualdad, los cuales estimó vulnerados por los fallos que se dictaron dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra el Departamento de Antioquia y Pensiones de Antioquia, cuyo número de radicado es 050001-33-33-031-2017-00133-01. Tales fallos son: (i) la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por el Juzgado 31 Administrativo del Circuito de Medellín y (ii) la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019 por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

2.- Como pretensiones, la accionante formuló las siguientes:



<<Primero: Se tutele el derecho fundamental a la Seguridad Social, de igualdad, y el principio de legalidad, por desconocimiento de la normatividad vigente en Colombia para reconocer la pensión de jubilación de mi representada.

Segundo: Revocar la decisión de la Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Antioquia, Magistrado Ponente Doctor Jorge León Arango Franco, expedida el 12 de noviembre de 2019, por haber revocado la Sentencia Proferida en Primera Instancia y no haber corregido la sentencia, habiendo reconocido los errores en los que se incurrió en la sentencia, por auto del 30 de octubre de 2020, notificado el día 3 de noviembre del mismo año.

Tercero: Ordenar a la Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Antioquia, que expida una nueva sentencia, que complemente la decisión del Juzgado 31 Administrativo de Medellín, ajustando la mesada pensional de la demandante, es decir, se liquide incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento de su status, es decir a la fecha en que cumplió los cincuenta (50) años de edad y veinte (20) años de servicio.>>

B. Hechos

3.- La accionante basó su solicitud de amparo en las siguientes afirmaciones:

3.1.- La señora Llano Cano trabajó como empleada pública del Departamento de Antioquia desde el 23 de julio de 1968 hasta el 29 de noviembre de 1999. El 17 de agosto de 1999 le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la resolución No. 0359.

3.2.- Al considerar que dentro de la pensión de jubilación no se incluyeron todos los factores salariales que devengó durante su último año de servicio, el 4 y el 5 de febrero de 2002 la accionante elevó peticiones ante la Gobernación de Antioquia y Pensiones de Antioquia para que se le reliquidara dicha pensión. Sin embargo, las entidades nunca contestaron.

3.3.- En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Llano Cano presentó demanda contra el Departamento de Antioquia y Pensiones de Antioquia. Específicamente, solicitó que se declarara la nulidad del *<<acto presunto resultante del silencio ocurrido frente a las peticiones de reliquidación pensional>>* y que se reliquidara su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

3.4.- Mediante sentencia del 20 de septiembre de 2018, el Juzgado 31 Administrativo de Medellín accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Ambas partes presentaron recurso de apelación, y en sentencia del 12 de noviembre de 2019 la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia revocó la decisión de primera instancia y negó las pretensiones de la actora.



3.5.- En síntesis, *el ad quem* estimó que el acto administrativo demandado no incurrió en un vicio de ilegalidad, pues la liquidación pensional se efectuó con base en el IBL previsto en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994. Además, explicó que en la resolución demandada se aplicó el principio de favorabilidad entre dos interpretaciones: (i) calcular el IBL con el promedio de los últimos 10 años o (ii) hacerlo con el promedio de lo laborado durante toda la vida de la demandante, establecido en la Ley 33 de 1985. Finalmente, indicó que en el acto se aplicó la regla jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

3.6.- La accionante solicitó adición y aclaración del fallo, y mediante auto del 30 de octubre de 2020 –notificado el 3 de noviembre de 2020– la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia señaló:

<<(…) las imprecisiones en las que se incurrió dentro de la sentencia no afectan de forma alguna la decisión finalmente adoptada puesto que el fundamento de la misma, esto es, la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 no aplica únicamente para los pensionados bajo la Ley 33 de 1985 sino para todos los beneficiarios del régimen de transición, a los cuales se les debe incluir dentro de la liquidación pensional únicamente los factores salariales sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones.>>

C. Fundamentos de la vulneración

4.- Como fundamentos de la solicitud de amparo, la accionante formuló los siguientes:

4.1.- Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en un *defecto sustantivo*, por cuanto desconocieron que la Ley 6° de 1945 ordena la liquidación de la mesada pensional con inclusión de todos los factores salariales.

4.2.- Explicó que cuando comenzó a trabajar en el Departamento de Antioquia la norma aplicable en materia pensional para los empleados públicos del nivel municipal y departamental era la Ley 6° de 1945. Esta norma establecía que para acceder a la pensión de jubilación era necesario llegar a la edad de cincuenta (50) años y haber prestado al menos veinte (20) años de servicio –continuo o discontinuo–. Posteriormente, la Ley 33 de 1985 modificó el requisito de edad y, en su artículo 1°, dispuso lo siguiente:

*<<[E]l empleado oficial que (...) haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que (...) se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del **salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***



(...) PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.>>

4.3.- Señaló que la accionante ya contaba con más de quince (15) años de servicio cuando la Ley 33 de 1985 entró en vigencia, por lo que hace parte del régimen de transición que establece el citado párrafo. Con base en esto, y teniendo en cuenta que la actora nunca efectuó aportes a salud y pensión, indicó que para liquidar su pensión de jubilación es necesario recurrir a lo devengado en el último año de servicios. Además, manifestó que reducir los factores salariales a los que consagró la Ley 100 de 1993 con posteridad implicaría reducir su salario, lo cual está proscrito por la Constitución Política y diversos tratados internacionales.

4.4.- Luego de citar varias normas y sentencias, tales como el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, la sentencia C-230 de 1998, la sentencia C-624 de 2003 y la sentencia No. 64324 de 2019, la apoderada de la accionante concluyó lo siguiente:

<<[S]e concluye que la señora María Nelcy Llano Cano, (...) al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba amparada por el régimen anterior a la ley 33 de 1985, es decir, la norma aplicable para definir la edad, el tiempo, el monto de la pensión, era la Ley 6º de 1945. En ningún momento, la demandante efectuó aportes o cotizaciones para salud y pensión, por tanto, para liquidar su mesada pensional debe recurrirse a lo devengado durante su último año de servicios.>>

D. Oposiciones e intervenciones

5.- Pensiones de Antioquia solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que esta no satisface el requisito de inmediatez. Sin embargo, se pronunció de fondo sobre el asunto: luego de hacer un recuento de los hechos del caso, citó jurisprudencia –tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional– relativa a la pensión de jubilación y concluyó lo siguiente:

<<Es evidente que el precedente jurisprudencial sobre el Ingreso Base de Liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, coinciden en que el IBL, que se debe tener en cuenta para los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el previsto en el inciso 3 de esta norma, es decir, que el IBL no fue objeto de la transición.>>



6.- El Departamento de Antioquia solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela, pues –a su entender– las autoridades judiciales accionadas no vulneraron los derechos fundamentales de la señora Llano Cano. Indicó que la liquidación de la pensión de jubilación de la actora se ajusta a derecho, pues el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 sólo se refiere al requisito de edad, pero no se extiende a los demás factores que constituyen la configuración del derecho de la prestación.

7.- Pese a haber sido debidamente notificados, el Juzgado 31 del Circuito Judicial de Medellín y la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia decidieron guardar silencio.

E. Fallo impugnado

8.- En sentencia del 2 de julio de 2021 la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la solicitud de amparo, por cuanto consideró que el asunto no satisface el requisito de relevancia constitucional.

8.1.- Indicó que la Sala Plena del Consejo de Estado ha expresado que para determinar si una acción de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional es necesario examinar dos elementos: (i) que el actor motive la vulneración de sus derechos fundamentales y (ii) que la solicitud no constituya una tercera instancia en el proceso ordinario en el que fue proferido el fallo acusado. Para el *a quo*, la señora Llano Cano no satisfizo ninguno de estos elementos, pues se limitó a citar normas y providencias y no demostró la configuración de un yerro que haga necesaria la intervención del juez constitucional.

8.2.- Más allá de la improcedencia de la acción, el fallador de primera instancia manifestó que la providencia que se ataca por vía de tutela no se erige en una actuación arbitraria, caprichosa o abusiva de la autoridad judicial accionada. Señaló que el caso se resolvió conforme a derecho, toda vez que el Tribunal Administrativo de Antioquia falló con base en las reglas de interpretación fijadas en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la cual determina que a *<<los beneficiarios del régimen de transición (...) se les debe incluir dentro de la liquidación pensional únicamente los factores salariales sobre los que se efectuaron cotizaciones.>>*

F. Impugnación

9.- En su escrito de impugnación, la actora alegó que las sentencias enjuiciadas liquidaron su mesada pensional con base en las disposiciones de la Ley 33 de 1985 y los aportes a seguridad social. Sin embargo, el análisis no puede girar en torno a los precedentes judiciales que rigen la situación de aquellas personas que cumplieron su estatus pensional bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985; por el contrario, en el caso de la actora, debido a que no realizó aportes a pensión y a salud, la liquidación pensional debe realizarse conforme a las disposiciones de la



Ley 6° de 1945 y se deben tener en cuenta todos los factores salariales que devengó durante su último año de servicio.

II. CONSIDERACIONES

10.- La Sala revocará la decisión de primera instancia y negará las pretensiones de la acción de tutela, pues encuentra que la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia no incurrió en un defecto sustantivo con ocasión de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019. Contrario lo dispuesto por el *a quo*, esta Sala estima que la solicitud sí cumple el requisito de relevancia constitucional, por cuanto tal requisito se satisface cuando la petición del accionante se sustenta en la violación de un derecho fundamental. Por esto, la Sala revocará la sentencia que declara la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, negará el amparo de los derechos fundamentales invocados.

11.- Para empezar, la Sala constata que la solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: (i) la accionante indicó de manera clara tanto las razones como los hechos en los que se fundamenta la acción; (ii) el asunto es de evidente relevancia constitucional, toda vez que la actora alegó la vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la igualdad con fundamento en el desconocimiento de la Ley 6° de 1945; (iii) se encuentra cumplido el requisito de subsidiariedad porque la accionante utilizó todos los mecanismos judiciales a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales y contra la providencia atacada no procede ningún recurso; (iv) la acción se interpuso en un término prudencial (inmediatez), puesto que el auto que resolvió la solicitud de aclaración de la sentencia de segunda instancia –la cual se enjuicia en el presente proceso– se profirió el 30 de octubre de 2020 (fue notificado el 3 de noviembre de 2020) y la acción de tutela se presentó el 3 de mayo de 2021, y (v) no se trata de una decisión proferida en sede de tutela.

12.- Tras analizar el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia que se ha expedido respecto a estas normas pensionales, la Sala encuentra que a la accionante no le asiste razón, por los siguientes motivos:

12.1.- Si bien es cierto que la Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición para aquellos servidores públicos que para el 13 de febrero de 1985 hubieran cumplido con quince (15) años de servicio –como es el caso de la señora Llano Cano–, dicho régimen aplica únicamente a la edad pensional. En efecto, en el artículo reza lo siguiente:

*<<Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, **continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación** que regían con anterioridad a la presente ley.>>*



12.1.1.- En otras palabras, no fueron objeto de dicho régimen de transición (i) el tiempo de servicio que se requiere para acceder a la pensión de jubilación y (ii) el monto sobre el cual esta se debe liquidar. Por consiguiente, es cierto que la señora Llano Cano debía llegar a la edad de cincuenta (50) años para acceder a la pensión, de acuerdo con el literal c) del artículo 14 de la Ley 6° de 1945. Sin embargo, la accionante debía cumplir con veinte (20) años de servicio y su mesada debía ser equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que devengó durante el último año de servicio, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. En síntesis, a excepción de la edad pensional, la accionante era beneficiaria del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

12.2.- Así las cosas, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Llano Cano ingresó dentro de su régimen de transición –al menos en lo que respecta al tiempo de servicio y a la tasa de reemplazo–, pues para el 1° de abril de 1994 tenía más de treinta y cinco (35) años de edad y había cumplido con más de quince (15) años de servicio. En este sentido, para la Sala es claro que en este caso resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual establece lo siguiente:

<<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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.>>

12.2.1.- La redacción de ese artículo –y, en particular, de ese inciso– dio lugar a diversas interpretaciones, por lo que en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 la Sala Plena de esta Corporación se dio a la tarea de trazar los criterios interpretativos que se deben tener en cuenta a la hora de aplicarlo. Si bien esta Corporación esbozó varias reglas, en este caso resulta necesario traer a colación la segunda subregla, esta es: **<<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.>>**

12.2.2.- Este criterio encuentra su fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política, pues este establece que *<<para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia.>>*



Además, en la providencia anteriormente citada la Sala Plena manifestó que reconocer todos los factores salariales de los beneficiarios del régimen de transición puede perjudicar el goce del derecho a la seguridad social de los demás colombianos. En sus propios términos:

<<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. (...) 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.>>

12.2.3.-Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que los factores salariales que se deben incluir a la hora de liquidar la mesada pensional de la señora Llano Cano son solamente aquellos sobre los que efectuó aportes al sistema general de pensiones. Para la Sala, que la accionante no haya cotizado para salud o pensión a lo largo de su vida laboral, no es óbice para desconocer la normativa vigente o para alejarse de la jurisprudencia que se ha proferido en desarrollo de esta.

13.- En este orden de ideas, la Sala concluye que la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia aplicó e interpretó tanto las normas como la jurisprudencia de forma adecuada y con observancia en las garantías fundamentales de la accionante. En efecto, tal como consta en el punto 3.5. de la presente providencia, su decisión se dictó en concordancia con la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 2 de julio de 2021 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la improcedencia del amparo constitucional solicitado por la señora María Nelcy Llano Cano

SEGUNDO: En su lugar, **NIÉGASE** el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.



Radicado: 11001-03-15-000-2021-02160-01

Accionante: María Nelcy Llano Cano

Revoca sentencia de primera instancia y niega el amparo de los derechos fundamentales

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: PUBLÍQUESE la presente providencia en la página web de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con salvamento de voto