

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – Especialización en Derecho Administrativo

**CONFLICTOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LOS DERECHOS
ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONAL**

**JURISPRUDENTIAL CONFLICTS REGARDING RIGHTS ACQUIRED IN
PENSION MATTER**

Luis Fernando Farfán Sánchez¹

Claudia Ximena Gómez Amaya²

Resumen

El régimen de transición en materia pensional se dirigió a favor de aquellas personas que ostentaban una expectativa legítima entorno al cálculo y liquidación de su pensión bajo las reglas señaladas en disposiciones anteriores a la vigencia de la (Ley 100, 1993), esto es, en relación con requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas. Sin embargo, en lo relativo al Ingreso Base de Liquidación (en adelante IBL) como factor integrante de transición, se ha suscitado polémica en su interpretación, en razón a que desde la promulgación de la señalada (Ley 100, 1993), las Altas Cortes han adoptado criterios disímiles entorno a cómo debía calcularse la liquidación de las pensiones y solo hasta el año 2018, el Consejo de Estado y Corte Constitucional coincidieron en que el cálculo debía efectuarse con el promedio de los últimos diez años de servicio o de todo el tiempo laborado en caso de que tal valor fuese superior al primero, consenso que resulta parcial en la medida que para el Consejo de Estado no hay lugar a la revisión o reliquidación de pensiones previamente reconocidas (en las que se otorgaron pensiones liquidando el IBL con los factores salariales devengados en el último año de servicio), mientras que por su parte, la Corte Constitucional sostiene una tesis bajo la cual toda pensión liquidada de tal forma, debe ser objeto de revisión mediante los mecanismos constituidos para esos efectos. Este estudio desarrolla la argumentación propuesta por esos tribunales identificando a través del análisis de su jurisprudencia, la motivación expuesta por el Consejo de Estado con la cual decide distanciarse de lo determinado por la Corte Constitucional y, que concluye en dos posturas diversas respecto a cuándo se configuran la protección constitucional de derechos adquiridos, que tal como lo señala la Constitución Política, ostentan el carácter de irrenunciables.

¹ Abogado Universidad Santo Tomás de Bogotá.

² Abogada Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Abstract

The transitional regime in pension matters was directed in favor of those persons who held a legitimate expectation around the calculation and settlement of their pension under the rules indicated in provisions prior to the effectiveness of the (Ley 100, 1993), that is, in relationship with age requirements, time of service, or weeks quoted. However, with regard to the Base Settlement Income (hereinafter IBL) as a transitional factor, controversy has arisen in its interpretation, because since the promulgation of the aforementioned (Ley 100, 1993), the High Courts have adopted dissimilar criteria regarding how the settlement of pensions should be calculated and only until 2018, the Council of State and Constitutional Court agreed that the calculation should be made with the average of the last ten years of service or all the time worked in case that such value was higher than the first, a consensus that is partial to the extent that for the Council of State there is no place for the revision or reassessment of previously recognized pensions (in which pensions were granted by liquidating the IBL with the factors salaries earned in the last year of service), while for its part, the Constitutional Court upholds a thesis under which any pension liquidated from In this way, it must be subject to review through the mechanisms established for these purposes. This study develops the argumentation proposed by these courts identifying through the analysis of its jurisprudence, the motivation exposed by the Council of State with which it decides to distance itself from what was determined by the Constitutional Court and, which concludes in two different positions with respect to when they constitute the constitutional protection of acquired rights, which, as indicated in the Political Constitution, are irrevocable.

Palabras clave

Régimen de transición, Ingreso Base de Liquidación (IBL), derechos adquiridos, situaciones consolidadas, jurisprudencia, precedente judicial.

Keywords

Transitional regime, Base Settlement Income (IBL), acquired rights, consolidated situations, jurisprudence, judicial precedent.

Introducción

La (Ley 100, 1993) establece un régimen de transición dirigido a las personas que ostentaban una expectativa legítima entorno al cálculo y liquidación de su pensión bajo las reglas que normas anteriores a la vigencia de la citada norma. Es así como en el inciso segundo del artículo 36, el Legislador desarrolló el llamado “régimen de transición” cuyo fin en el caso de servidores públicos es la aplicación ultractiva de la (Ley 33, 1985) una vez reunidos los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas.

Ahora bien, es necesario indicar que de conformidad con lo expuesto en la (Ley 100, 1993), hacen parte de la transición aquellas personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tuviesen 35 años o más de edad en el caso de las mujeres, y 40 o más años de edad sí tratase de hombres; o a quienes hubiesen cumplido 15 o más años de servicios cotizados.

Realizada esta sucinta síntesis del régimen de transición, ha de señalarse que el artículo 36 inciso tercero dispone que el IBL para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición debía calcularse tal como sigue:

Primera situación: Sí le faltare "menos" de diez (10) años de servicio para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Segunda situación: sí el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada de vigencia de la ley 100 de 1993, el ingreso base para liquidar la pensión sería 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.

La segunda situación descrita por el referido artículo 36 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-168 de 1995. Sin embargo, las discusiones en torno a cómo debe calcularse el Ingreso Base de Liquidación de pensiones fue un asunto que se debatió desde la promulgación de la Ley 100 de 1993 hasta la actualidad, ya que el Consejo de Estado fijó un criterio diferente en la mayor parte de su jurisprudencia sobre la misma materia.

Luego su criterio se acercó más a la posición adoptada de forma unívoca por la Corte Constitucional, distanciándose aun respecto al deber y o posibilidad de la administración de reliquidar pensiones otorgadas con fundamento en el anterior precedente.

Por tanto, el presente estudio pretende abordar los criterios adoptados por cada una de las Cortes, desde los cuales se configuran posiciones contrarias respecto de las situaciones consolidadas en materia pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, a efecto de identificar las razones por las cuales el Consejo de Estado se distancia

de la postura adoptada por la Corte Constitucional, a través del análisis de la jurisprudencia de cada una de estas cortes.

Marco Teórico

1. Tesis de la Corte Constitucional sobre la reliquidación del IBL de servidores públicos en régimen de transición desde 1991 a 2018

A continuación, se relatará de forma cronológica las posturas adoptadas por la Corte Constitucional en torno a la interpretación que debía darse respecto de la reliquidación del IBL de pensiones otorgadas a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición tal como sigue:

La Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, realizó análisis de constitucionalidad de los artículos 11 parcial, 36 parcial, y 288 de la ley 100 de 1993, y en lo que atañe a esta investigación, declaró inexecutable el aparte final del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Sentencia C-168, 1995) que establecía lo siguiente:

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

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

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. (Subrayado fuera de texto) (Ley 100, 1993).

La providencia en cita consideró que el inciso tercero del artículo 36 de la (Ley 100, 1993) era contrario al orden constitucional, toda vez que consagró un hecho y consecuencia jurídica, que resulta irracional e injustificado al prever que el IBL para trabajadores del sector privado se calcularía con los últimos dos años laborados, mientras que para los servidores públicos,

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

correspondería al cálculo del IBL a partir de lo laborado en el último año, desigualdad, que a juicio de la Corte, contraría el artículo 13 de la Constitución Política (Sentencia C-168, 1995).

A pesar de que dicho aparte fue declarado inexecutable, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 se refirió nuevamente a tal discriminación injustificada y manifestó que el régimen de transición, resultado del reconocimiento de la expectativa legítima de sujetos que tenían la expectativa de pensionarse bajo reglas especiales que serían derogadas, obedecía única y exclusivamente al cumplimiento de “requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo” (Sentencia C-258, 2013), sin que el Ingreso Base de Liquidación fuese un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 de la (Ley 100, 1993), por lo que resultó irrazonable su aplicación en el régimen de transición en pensiones a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios a los que resulta aplicable, consagrado en el artículo 17 de la (Ley 4, 1992).

Por su parte, dicha postura se recogió nuevamente en la sentencia SU 427 en la que la Corte Constitucional estimó que no hay razón, ni vocación del legislador en beneficiar a un grupo determinado de trabajadores, ya que esto generaría una violación al principio de igualdad derivada de un abuso del derecho, a causa de una interpretación a favor del interesado, una ventaja irracional frente a la verdadera historia laboral del trabajador que además impone una obligación de subsidio alta al estado, ocasionando un riesgo para la seguridad social al afectar la seguridad jurídica y sostenibilidad fiscal. (Sentencia SU-427, 2016)

Adicionalmente, de lo desarrollado por la Corte en la sentencia C-168 de 1995, es preciso recoger lo siguiente:

Los Derechos Adquiridos deben entenderse como “situaciones jurídicas creadas y consolidadas” (Sentencia C-258, 2013) a favor de un titular, quien ostenta el derecho a invocar la protección constitucional que sobre ellos se predica con fundamento en el artículo 58 de la Constitución Política.

La diferencia existente entre los derechos adquiridos frente a las meras expectativas radica en que:

“el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa’” (Sentencia C-168, 1995)

A partir de una lectura integral de los artículos 53 y 58 de la Carta Política, se establece que constitucionalmente se protegen los derechos adquiridos, y no situaciones que no constituyen derecho, toda vez que el garantizar meras expectativas, es un supuesto contrario

al ordenamiento jurídico, no solo por consideraciones de orden jurídico, sino por consideraciones de orden social y económico, aunado a la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

Bajo la misma línea de argumentación, el principio de favorabilidad se aplica sólo a situaciones jurídicas consolidadas, por tanto, corresponde al operador judicial evaluar cada caso y determinar si es aplicable o no dicho principio.

Sí bien en dicha providencia no se hace referencia de la reliquidación de pensiones otorgadas a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, su contenido e interpretación, resulta pertinente y necesaria para entender el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en la sentencia (Sentencia C-258, 2013), en la que analizó la constitucionalidad del art. 17 de la ley 4 de 1992, en lo referente, al régimen de transición aplicable a los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios a los que resulta aplicable dicha disposición, En la sentencia en cita, respecto de la reliquidación de mesadas pensionales, se indicó lo siguiente:

(...)el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraren afiliados al mismo, (ii) como factores de liquidación de la pensión solo 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, (iii) las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso y (iv) las mesadas correspondientes no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Sentencia C-258, 2013)

Estableció igualmente que dicho artículo, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto:

“(i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que, si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.” (Sentencia C-258, 2013)

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

En ese contexto la Corte Constitucional, al respecto de la posibilidad de re liquidar pensiones causadas con anterioridad a la expedición de la sentencia (Sentencia C-258, 2013) indicó que, las mesadas pagadas con recursos de naturaleza pública, no pueden superar el tope de 25 SMLMV. Lo anterior tiene sustento en el principio de sostenibilidad fiscal que permite la concreción de los fines enmarcados en un estado social de derecho, ya que dichos recursos se dirigirían a población con necesidades y no al lleno del hueco fiscal en materia pensional (Sentencia C-258, 2013) (Sentencia SU-230, 2015)

Ahora bien, la Corte, identifica en providencia traída a colación dos hipótesis entorno a los beneficiarios del régimen especial, veamos:

La primera, refiere a la posibilidad de que se hubiesen reconocido pensiones a personas beneficiarias del régimen especial al 1 de abril de 1994 con fundamento en el art. 17 sin abuso del derecho y sin fraude a la ley; respecto de los cuales el ajuste hacia futuro habría de aplicarse limitando el tope de la mesada a 25 SMLMV. Manifiesta que en estos eventos, la decisión de disminuir aún más dichas mesadas a través de la reliquidación desconocería derechos adquiridos, se contrariaría el principio de confianza legítima de quienes actuaron de buena fe, lo cual se aúna a que una “reducción” excesiva de dichas pensiones afectaría el mínimo vital de personas que por su edad, son sujetos de especial protección constitucional y a quienes se les dificulta conseguir un trabajo por la misma causa, estas personas resultan igualmente, protegidas por el principio de favorabilidad (Sentencia C-258, 2013).

La segunda hipótesis, es aquella en la cual, se otorgaron pensiones sin que el beneficiario reuniera los requisitos del régimen especial, es decir, cuando se adquirieron de forma ilegal, con fraude a la ley o abuso al derecho, respecto de los cuales indica la Corte, que deben ser revisadas por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes les correspondía revocar o re liquidar tales pensiones a más tardar el 31 de diciembre de 2013. (Sentencia C-258, 2013)

Los casos descritos por la corte, como parte de esta hipótesis fueron los siguientes:

- a. El reconocimiento de pensiones a personas que al 1° de abril de 1994 no se encontraban inscritos en dicho régimen. Salvo el caso previsto tanto en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, como en el régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en desconocimiento de la Sentencia C-596 (Colombia. Corte Constitucional, 1997)
- b. Las pensiones reajustadas con el único propósito de equiparar la pensión del interesado del reajuste, a la de otro congresista que se pensionó con base en un ingreso superior correspondiente a otro período legislativo diferente a aquél durante el cual prestó sus servicios.
- c. El caso de las pensiones que hubieren sido reconocidas después del 31 de julio de 2010, sin aplicar lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 según el cual, debía aplicarse un procedimiento que respetara el debido proceso para la revisión de pensiones reconocidas. Cuando este tipo de pensiones u otras claramente ajenas a las

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

condiciones del régimen especial previsto el artículo 17 hayan sido reconocidas por vía de acto administrativo, lo procedente es aplicar el artículo 19 de la ley 797 de 2003. En cambio, cuando dichas pensiones hayan sido reconocidas judicialmente el mecanismo apropiado es el artículo 20 de dicha ley. (Sentencia SU-427, 2016).

Así mismo, se estableció como causal de revisión administrativa o judicial de las pensiones que: (i) el reconocimiento de pensiones a personas que no estaban afiliadas a dicho régimen antes del 1 de abril de 1994; (ii) pensiones otorgadas a partir de un factor prestacional diferente al del beneficiario y (iii) la inobservancia de las reglas de liquidación del IBL contenidas en artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993. Resaltando en todo caso, que la reducción a la que hubiese lugar, no podría ser manifiestamente desproporcionada y contraria al mínimo vital toda vez que podría vulnerar los derechos de personas de la tercera edad. (Sentencia SU-427, 2016).

Dicha sustentación se fundamenta en que quienes actuaron de buena fe, eran beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la ley 4 de 1992 que estaba vigente y había sido declarado exequible por la corte constitucional en sentencia de 1999, bajo el entendido que el ingreso para calcular la pensión correspondía a lo devengado por el beneficiario y no por persona diferente, tal como en los casos en los que se solicitó y otorgó el reconocimiento de pensiones con fundamento en lo liquidado a favor de otro congresista.

A partir de esta sentencia, el criterio de la Corte Constitucional es preciso en indicar que el IBL no se liquida de forma diferente para quienes se encuentran en el régimen de transición, (Sentencia SU-427, 2016) (Sentencia SU-230, 2015).

De las sentencias referidas, se resalta igualmente, que la Corte es enfática en señalar que “El precedente, a diferencia de un antecedente, no es orientador sino de obligatorio cumplimiento, más tratándose de las sentencias emanadas por la Corte Constitucional, máximo órgano vigilante de la Constitución Política” (Sentencia SU-230, 2015), constituyendo el criterio de interpretación de la Corte, jurisprudencia en vigor³.

Entre tanto, en lo que respecta al análisis efectuado por el máximo Tribunal en materia constitucional, respecto al otorgamiento de pensiones con abuso del derecho o sin el cumplimiento de requisitos establecidos en la Ley, ha expuesto de forma reiterada en su jurisprudencia lo siguiente:

“(i)No anula el principio de seguridad jurídica, pues si bien permiten que se controvierta una sentencia ejecutoriada lo hacen, por regla general, a través de un mecanismo especializado, cuya naturaleza precisamente es servir de instrumento procesal para remediar decisiones injustas y, de manera excepcional, mediante la

³ “La jurisprudencia en vigor se constituye como un conjunto de sentencias que comparten una misma interpretación judicial sobre una norma o principio que se aplica a unos hechos similares y que resuelve un problema jurídico igual.” (Sentencia SU-230, 2015)

acción de tutela en casos de palmarios abuso del derecho; (ii) **No desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional**, ya que le permite a la UGPP acudir hasta el 11 de junio de 2018 ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado para controvertir las decisiones judiciales que considere lesivas para el tesoro público y frente a las cuales no precedía recurso alguno; (iii) **Permite atender al principio general del derecho según el cual de la ilegalidad no se generan derechos** y permite la aplicación del mecanismo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual autoriza afectar la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas para impedir que se mantengan situaciones irregulares en desmedro del erario público, así como responde a la situación especial de ineficiencia e inoperancia administrativa que enfrentó Cajanal; (iv) **Establece un período de gracia a la persona beneficiaria de una prestación con abuso del derecho** para que no vea afectados abruptamente sus derechos con ocasión del reajuste de la pensión como consecuencia de la intervención excepcional del juez constitucional.”(Negrilla fuera de texto) (Sentencia SU-427, 2016)

Así mismo, la Corte legitimó a la UGPP y demás fondo pensionales, para promover el recurso de revisión de sentencias para su ejercicio oportuno dentro de los cinco años (5 años) siguientes a la notificación de la providencia que incurrió en abuso del derecho. El citado recurso procede contra las sentencias que decretaron pensiones, que involucran sumas de dinero, y que incurrieron en los siguientes defectos, (a) el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, o (b) la cuantía del derecho reconocido exceda lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 art 251 y Acto Legislativo 01 2005 establecieron que “el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.” (Ley 1437, 2011), pero en todo caso, este recurso no puede instaurarse anterior al 12 de junio de 2013.

Indicó que también es procedente la acción de tutela, velando por la sostenibilidad fiscal y la seguridad jurídica, por lo que el juez constitucional al tomar la decisión debe tomar medidas que no afecten los derechos fundamentales de los pensionados, al existir la irregularidad este debe realizar el reajuste pensional, el cual no se aplicara después de los 6 meses de la notificación de la resolución del fallo.

2. Tesis del Consejo de Estado sobre la reliquidación del IBL de servidores públicos en régimen de transición desde 1991 a mayo de 2012

En vigencia del Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo (En adelante C.C.A.) (Decreto 01, 1984) la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado no contaba con herramientas para la unificación de su jurisprudencia, limitando para esos efectos, aquellos casos en los que por importancia jurídica o relevancia social ameritara su discernimiento,

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

esto de conformidad con lo estatuido en el artículo 130 del C.C.A, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998. (Ley 446, 1998) .

Así las cosas, la unificación de la jurisprudencia en asuntos que no fueran de importancia jurídica o relevancia social fue competencia de cada una de las Secciones del Consejo de Estado dependiendo de la materia o especialidad de estas. Sobre ese punto la Corte Constitucional en sentencia (Sentencia C-180, 2006) señaló lo siguiente:

(...) la Sala debe señalar, por una parte, que el mecanismo de unificación de la jurisprudencia no desaparece con la decisión legislativa adoptada, ya que en adelante dicha función deberá ser cumplida por cada una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el ejercicio de sus funciones propias, lo cual se justifica por su carácter especializado de conformidad con el reglamento de dicha corporación, y, por otra parte, que los motivos tenidos en cuenta por el legislador son constitucionalmente legítimos y se ciñen a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” (Sentencia C-180, 2006).

Bajo ese contexto, fue la Sección Segunda del Consejo de Estado, la encargada de definir los parámetros que debían tener en cuenta los operadores judiciales y la administración pública para la liquidación del ingreso base de liquidación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional (Ley 100, 1993). Así pues, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (Sentencia de Unificación, 2010), indico que el IBL para liquidar las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición en pensiones determinado en el Ley 100 de 1993, se encontraba integrado por todos los factores que se encontraban descritos en la Ley 33 de 1985 y que tuvieran una relación directa en la prestación del servicio.

En sustento de lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la anunciada sentencia del 4 de agosto de 2010 señaló:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.” (Sentencia de Unificación, 2010)

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

La precitada decisión tuvo bajo consideración el principio de favorabilidad en materia laboral, aduciendo que, aunque la (Ley 33, 1985) tenía como premisa que, en el ingreso base de liquidación únicamente podían ser tenidos en cuenta los factores salariales que efectivamente fueron objeto de aportes al Sistema de Seguridad Social. Lo cierto era, que bajo una interpretación a la luz del artículo 53 de la (Constitución Política, 1991), esto es, una interpretación favorable al trabajador en caso de duda, debía entenderse, que los aportes a seguridad social sobre los factores, no podían ser otros que aquellos sobre los que el servidor debía realizar la respectiva cotización al momento del reconocimiento de la prestación pensional (Sentencia de Unificación, 2010).

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, también manifestó que el reconocimiento de todos los factores salariales determinados en la Ley 33 de 1985, no afectaba las finanzas del Estado. Ello con fundamento en que, la sostenibilidad financiera no podía convertirse en un único sustento para limitar el acceso de los servidores públicos a prestaciones derivadas de acreencias laborales, en razón a que el legislador debió proveer al sistema de herramientas que aseguren su autosostenibilidad, para no disminuir así reconocimientos pensionales.

Asimismo, sostuvo que, si el sentir del legislador era las que pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, se liquidaran tomando los factores sobre los cuales los aportes a la seguridad social, lo cierto era que, tal motivo no puede ser óbice para excluir los factores que no han sido objeto de las precitadas deducciones, pues insistió, debe aplicarse el principio de favorabilidad sobre el de sostenibilidad financiera. (Sentencia de Unificación, 2010).

En ese sentido, también se ha manifestado por parte de la doctrina al sostener que se vulnera los derechos de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en la (Ley 100, 1993) cuando, no se incluyen los factores salariales señalados en la Ley 33 de 1985 en la liquidación del IBL. Al respecto se ha sostenido que:

“se presenta una clara violación a las personas que se les liquida la pensión sin tener en cuenta todos los factores salariales que posee el trabajador y se lesionan principios como igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre la formalidad, la Ley 33 del 85 en su artículo 3 consagra una lista de factores salariales, la cual debe interpretarse de forma más amplia ya que ésta no consagra la exclusión de factores que no se encuentren allí taxativamente, esto evita una regresividad de Derechos Sociales de las personas, y a pesar de los diferentes cambios de precedente judicial queda claro que se debe velar por el adecuado cumplimiento de la constitución” (Rodríguez Galindo & Rodríguez Espitia, pág. 19).

Por último, el citado fallo de unificación, señaló que la sostenibilidad del sistema debe armonizarse con los derechos laborales, toda vez que, la Constitución Política refiere que tanto las finanzas del estado como la favorabilidad laboral deben coexistir en el marco de un Estado Social de Derecho. En se orden de ideas, expuso que:

“la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.” (Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 2010).

3 Tesis del Consejo de Estado sobre la reliquidación del IBL de servidores públicos en régimen de transición desde junio de 2012 hasta la actualidad

Con la entrada en vigencia de la (Ley 1437, 2011)– Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo (En adelante C.P.A.C.A.), se añadieron nuevas herramientas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin proveer de mecanismos a los ciudadanos y a los jueces que tuvieran como consecuencia directa la agilización y efectividad de la administración de justicia. Así pues, una de las principales novedades fue el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y el de extensión de la misma.

Producto de lo expuesto, el artículo 10 del aludido Código definió que, las autoridades deberán resolver los conflictos de su competencia aplicando las sentencias de unificación del Consejo de Estado, cuando se presenten casos en casos con similares fundamentos de hecho y derecho a los resueltos por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo. (Ley 1437, 2011)

Sobre este punto, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 10 del C.P.A.C.A, bajo el entendido que, las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de manera preferente, los fallos proferidos por máximo tribunal constitucional que interpreten normas constitucionales aplicables a la resolución de asuntos de su competencia. (Sentencia C-634, 2011)

De igual manera, el citado código radicó como función de la Sala Plena Contenciosa la unificación de la jurisprudencia en el numeral 3º del artículo 111, que estipuló que era competencia de esa Sala,

“dictar sentencia, cuando asuma la competencia, en los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Esta competencia será asumida a petición de parte o a solicitud del Ministerio Público o de oficio cuando así lo decida la Sala Plena.” (Ley 1437, 2011)

No obstante, lo anterior, el Consejo de Estado demoró casi seis años en unificar su posición respecto del ingreso base de liquidación aplicable a servidores públicos cobijados por el régimen de transición mediante una decisión de la Sala Plena Contenciosa. En virtud de lo anterior, en sede de tutela, las Secciones del Consejo de Estado chocaron respecto de cuales factores salariales hacían parte de la transición.

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

Así pues, mientras la Sección Primera de esa Corporación reconocía que el precedente aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa era el sentado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010 (Radicado Número 11001-03-15-000-2017-03477-01, 2018), la Sección Quinta por su parte señalaba que el precedente que debían emplear las autoridades administrativas era el fijado por la Corte Constitucional que era contrario al definido por la Sección Segunda. (Sentencia radicado número 11001 0315 000 2018 01966 00, 2018).

Por tal motivo la Sala Plena Contenciosa administrativa unificó su precedente respecto de los factores salariales de la Ley 33 de 1985 que integran el ingreso base de liquidación – IBL a favor de funcionarios beneficiarios del régimen de transición definido por la Ley 100 de 1993. En la señalada providencia el Consejo de Estado adoptó el precedente determinado por la Corte Constitucional, al indicar que, el ingreso base de liquidación no hacía parte de la transición, sobre el particular expuso:

“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 periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993²⁹, 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 hiciere 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

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

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.” (Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01, 2018).

La aludida providencia adoptó el precedente sentado por la Corte Constitucional en la materia, de igual manera, señaló que la posición que más se ajustaba a los principios de sostenibilidad financiera y al deber de solidaridad entre los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social, era aquel, que excluía al IBL de la transición. Por lo anterior expuso que, la posición asumida por la Sección Segunda en sentencia de 4 de agosto de 2010 con fundamento en los principios de sostenibilidad financiera y progresividad traspasaba “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”. (Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01, 2018).

Ahora bien, el Consejo de Estado advirtió que, en los casos en los que estuviera en discusión en sede administrativa o en la sede jurisdiccional reconocimiento del IBL a servidores públicos cobijados con la transición debía aplicarse de forma obligatoria el precedente judicial establecido en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018. (Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01, 2018).

Sin embargo, esa Corporación también explicó que aquellas situaciones en las que ya ha operado la cosa juzgada y que fueron resueltas con el anterior precedente sentado por la providencia del 4 de agosto de 2010, tal situación era inmodificable en virtud del principio de seguridad jurídica. (Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01, 2018).

De igual forma reconoció que, las pensiones reconocidas y re liquidadas en virtud del precedente establecido por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el fallo del 4 de agosto de 2010, no podían considerarse que fueron obtenidas con un abuso al derecho o fraude a la Ley impidiendo su eventual revisión. (Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01, 2018).

De lo anterior se colige que, pese a que el Consejo de Estado adoptó un criterio similar al definido por la Corte Constitucional, al sostener que, el ingreso base de liquidación no hacía parte de la transición, reconociendo incluso que, la providencia del 4 de agosto de 2010 desbordó la voluntad del legislador pues reconoció que el IBL si era parte de la transición y que además estaba conformado por todos los factores salariales descritos en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que, tal postura no afecta a las situaciones definidas en la vía judicial, respecto de la cual, la administración no puede ejercitar el recurso extraordinario de revisión.

Conclusiones

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han tronzado en una disputa alrededor de si el ingreso base de liquidación (IBL) hace parte o no del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley (Ley 100, 1993). Así las cosas, el máximo tribunal en materia constitucional estimó que la transición únicamente abarcaba los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, establecidos en disposiciones anteriores a la vigencia de la citada Ley. Por su parte, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo alrededor de veintisiete (27) años que, además de los factores señalados por la Corte Constitucional, hacía parte de la transición el IBL.

Lo anterior por cuanto, la postura de la Corte Constitucional se fundamentó en el principio de solidaridad del Sistema de Seguridad Social estatuido en la (Ley 100, 1993) y el de Sostenibilidad financiera determinado en el acto legislativo 01 de 2005. Por su parte el Consejo de Estado, señaló en la (Sentencia de Unificación, 2010), que las finanzas del Estado debían armonizarse con los derechos de favorabilidad en laboral y progresividad, razón por la cual, los beneficiarios de la transición tenían derecho a la liquidación de sus pensiones con el IBL de la (Ley 33, 1985).

Ahora bien, con la expedición de la (Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01, 2018), el Consejo de Estado adoptó la postura de la Corte Constitucional, en la medida de indicar que, como el artículo 36 de la (Ley 100, 1993) no señalaba el IBL como elemento integrante de la transición, los jueces administrativos no podían liquidar pensiones con los factores salariales determinados en la (Ley 33, 1985). Sin embargo también determinó que, las pensiones que habían sido reconocidas con su anterior postura no podían ser modificadas, ni constituían un abuso del derecho.

En ese contexto, es relevante resaltar que, la Corte Constitucional ha aducido que, deben ser revisadas las sentencias que hubieren reconocido pensiones a (i) personas que no cumplieran con los requisitos del régimen de transición, (ii) pensiones liquidadas o reajustadas con reconocimiento de factor prestacional diferente al del beneficiario; (iii) inobservancia de las reglas de liquidación del IBL, vigentes al momento de la reliquidación.

Asimismo ha sostenido la Corte Constitucional que, la posibilidad de reducción y reliquidación de pensiones i) no anula el principio de seguridad jurídica, (ii) atiende al principio de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, (iii) permite atender al principio de derecho según el cual de la ilegalidad no se generan derechos y; (iv) no desconoce las situaciones particulares de sujetos de especial protección.

En ese orden de ideas, se advierte que, lejos de superar el debate respecto de la liquidación de pensiones pertenecientes al régimen de transición con la (Sentencia de Unificación, 2010), existen conflicto sobre aquellos casos de derechos consolidados, en los que, fueron reconocidas pensiones en razón de la anterior postura del Consejo de Estado, y respecto de los cuales ese Tribunal no permite su revisión, en tanto, según el criterio de la

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

Corte Constitucional fueron reconocidas con abuso del derecho y por ende, faculta a la UGPP a ejercer las acciones correspondientes para que no se causen perjuicios al erario.

Por ende, las entidades estatales deberán ejercer los correspondientes recursos de revisión en contra de las sentencias que fueron proferidas con la anterior postura del Consejo de Estado, toda vez que, si bien ese Tribunal prohíbe que sean revisadas sus sentencias, lo cierto es que, la Corte Constitucional ha referido expresamente que no pueden liquidarse pensiones, con factores distintos a los que fueron determinados en la Ley para su reconocimiento.

En suma de lo anterior, el ciudadano es quién se ve afectado en choque de posiciones jurisprudenciales entre ambas Altas Cortes, como quiera que, estas decisiones contraría generan inseguridad jurídica, lo que a la postre genera pérdida de confianza por parte de los ciudadanos frente a la rama judicial.

Referencias bibliográficas

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (6 de Julio de 1991). Constitución Política.
- Colombia. Congreso de la República. (29 de Enero de 1985). Ley 33. *“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”*. Diario Oficial No. 36100 del 13 de febrero de 1985.
- Colombia. Congreso de la República. (18 de mayo de 1992). Ley 4. *Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública* . Diario Oficial No. 40.451, de 18 de mayo de 1992.
- Colombia. Congreso de la República. (23 de Diciembre de 1993). Ley 100. *Por la cual se Crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan Otras Disposiciones*. Diario Oficial 41.148.
- Colombia. Congreso de la República. (18 de Julio de 1998). Ley 446. *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989 (...)*. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República. (02 de Julio de 2011). Ley 1437. *Por la Cual se Expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.956 .
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (8 de Junio de 2018). Radicado Número 11001-03-15-000-2017-03477-01. *Impugnación*. Bogotá: C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (4 de Agosto de 2010). Sentencia de Unificación. Bogotá: C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (28 de agosto de 2018). Sentencia de Unificación, Radicado número 52001 2333 000 2012 00143 01. *Impugnación*. Bogotá : C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Quinta. (27 de julio de 2018). Sentencia radicado número 11001 0315 000 2018 01966 00. *Impugnación*. Bogotá: C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

Colombia. Corte Constitucional. (20 de Abril de 1995). Sentencia C-168. *Demanda de inconstitucionalidad Artículos 11 Parcial, 36 Parcial y 288 de la Ley 100 de 1993*. Bogotá: M.P Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. (20 de Noviembre de 1997). Sentencia C-596. *Demanda de Inconstitucionalidad Contra el Artículo 36 (parcial) de la Ley 100 de 1993*. Bogotá: M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Corte Constitucional. (8 de Marzo de 2006). Sentencia C-180. *Demanda de Inconstitucionalidad contra los Arts. 2º y 3º de la Ley 954 de 2005*. Bogotá: M.P. Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. (24 de Agosto de 2011). Sentencia C-634. *Demanda de Inconstitucionalidad Contra el Artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá: M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional. (07 de Mayo de 2013). Sentencia C-258. *Demanda de Inconstitucionalidad Contra el Artículo 17 Ley 4 de 1992*. Bogotá: M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. (29 de Abril de 2015). Sentencia SU-230. *Acción de Tutela Persona Natural Contra Institución*. Bogotá: M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. (11 de Agosto de 2016). Sentencia SU-427. *Acción de Tutela de Persona Contra Institución*. Bogotá: M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Colombia. Presidencia de la República. (2 de Enero de 1984). Decreto 01. *Código Contencioso Administrativo*. Bogotá: Diario Oficial No. 36439.

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL IBL - Luis Fernando Farfán Sánchez,
Claudia Ximena Gómez Amaya

Rodríguez Galindo, S., & Rodríguez Espitia, J. (2013). Factores salariales convencionales y su injerencia frente al ingreso base de liquidación de las pensiones en Colombia en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, artículo 36. *Iter ad veritatem*, 19-37.