APROXIMACIÓN TEÓRICA AL CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO
ELMER RICARDO RINCON PLAZAS

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TUNJA
2017

APROXIMACIÓN TEÓRICA AL CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO
ELMER RICARDO RINCON PLAZAS

Tesis de investigación realizada para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo.

Dirigido por
Dr. (c) EDMER LEANDRO LOPEZ PEÑA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TUNJA
2017

A mis padres, por la vida y sus desvelos.

A mi esposo, por su ayuda y comprensión.

A mi hijo, por existir.

Laura S.

A mis padres y hermanos, por cada palabra de apoyo y creer siempre en mis proyectos.

A mis amigos, por sus consejos cuando más los he necesitado.

A mi abuela, por ser mi luz en medio de tanto gris.

Ricardo R.

CONTENIDO

pág.

Resumen 7

Introducción 8

Problema 10

Hipótesis 11

Objetivos 14

Justificación 15

Capítulo 1. La Seguridad Social en Pensiones Aproximación Histórica y Conceptual 17

Capítulo 2. Del Régimen de Transición en Materia Pensional. 20

2.1. Derecho Adquirido y Expectativas Legítimas. 22

2.2. Concepto Monto. 25

2.3 Relación Entre la Palabra Monto y el Porcentaje de Liquidación de las Pensiones 26

2.4. El Ingreso Base de Liquidación 30

2.5. Factores Salariales a Incluir en el IBL de las Pensiones de las Personas Amparadas en el Régimen de Transición 32

2.5.1. Pronunciamiento del 6 de agosto de 2008 32

2.5.2. Pronunciamiento del 11 de noviembre de 2009 34

2.5.3. Pronunciamiento del 18 de febrero de 2010 34

2.5.4. Pronunciamiento de Unificación Jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 37

2.5.5. Salvamento de voto del Consejero Gerardo Arenas Monsalve..... …38
2.5.6. Pronunciamiento de la unificación del 25 de febrero de 2016..... ….39

Capítulo 3. Línea Jurisprudencial de las Altas Cortes, respecto a la liquidación de pensiones de los Ex Empleados públicos amparados en el régimen de transición. 41
3.1. Línea Jurisprudencial de la Corte Suprema De Justicia..... 42
3.1.1. Pronunciamiento del 04 de agosto de 2004 42
3.1.2. Pronunciamiento del 19 de mayo de 2005..... 44
3.1.3. Pronunciamiento del 17 de octubre de 2008..... 45
3.1.4. Pronunciamiento del 16 de diciembre de 2009 47
3.1.5. Pronunciamiento del 25 de marzo de 2015 47
3.2. Línea Jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional 49
3.2.1. Pronunciamiento del 20 de abril de 1995..... 49
3.2.2. Pronunciamiento del 07 de mayo de 2013 55
3.2.3. Pronunciamiento del 07 de febrero de 2014 58
3.2.4. Pronunciamiento del 16 de octubre de 2014 61
3.2.5. Pronunciamiento de unificación del 15 de abril de 2015..... 63
3.3. Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado..... 64
3.3.1. Pronunciamiento del 21 de septiembre de 2000 65
3.3.2. Pronunciamiento del 27 de marzo de 2008 65
3.3.3. Pronunciamiento de unificación del 18 de febrero de 2010..... 66
3.3.4. Pronunciamiento de unificación del 25 de febrero de 2016..... 67

Capitulo 4. Aproximación al Criterio Interpretativo de la Corte Constitucional respecto del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993..... 69
4.1. Razones para considerar que la Corte Constitucional acierta en su Interpretación del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993..... 70
4.2. Interpretación de la Corte Constitucional del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 En Sede de Tutela..... 85

4.3.Alcance de la Adopción por parte del Consejo De Estado si acogiera la tesis de la Corte Constitucional 90

Conclusiones 96

Fuentes 99

RESUMEN

En el presente trabajo se hace un estudio del conflicto interpretativo que han mantenido históricamente las altas Cortes colombianas desde que hicieron sus primeros pronunciamientos, respecto al alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que desde su entrada en vigencia hace ya más de dos décadas aún hoy se mantiene vigente, respecto si la transición legislativa amparó a sus beneficiarios para que se les aplicara las normas anteriores, para el reconocimiento y liquidación de sus pensiones, respecto a la edad, semanas de cotización, monto, e Ingreso Base de liquidación "IBL". Este último se ha convertido en tema de discordia o choque de trenes entre las altas cortes, ya que desde el comienzo el Consejo de Estado estableció que el mismo estaba integrado dentro del concepto "monto" del inciso segundo del referenciado articulo 36, y por su parte la Corte Suprema de Justicia quien siempre ha mantenido la tesis contraria, argumentando que el "IBL" para calcular la cuantía de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición estaba reglamentado en el inciso tercero de la misma codificación.

El tema se convierte aún más conflictivo cuando la Corte Constitucional unifica la jurisprudencia que había mantenido históricamente en todas sus salas y que compartían la tesis del Consejo de Estado respecto de decir que el "IBL" estaba inmerso en el régimen de transición al hacer parte del concepto "monto", para cambiar su postura y decir que el mismo no hacía parte del régimen de transición dándole de esta manera la razón a la Corte Suprema de Justicia.

En ese sentido, lo que se pretende con este trabajo es analizar los argumentos esbozados por las altas Cortes respecto al tema de estudio y presentar las críticas a la postura tomada por el Consejo de Estado que ha traído consigo implicaciones jurídicas y económicas, al apartarse de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional que avaló la postura tomada por la Corte Suprema de Justicia al señalar que el "IBL" no hacia parte de la transición legislativa de la Ley 100 de 1993.

INTRODUCCIÓN

Con la Ley 100 de 1993, en Colombia se creó un régimen general en pensiones al integrar en una sola codificación todos los regímenes especiales dispersos en varias Leyes, salvo el régimen especial de las fuerzas militares y del Presidente de la Republica, para lo cual creó la transición normativa para las personas que a la entrada en vigencia de ésta Ley, esto es quienes al primero de abril de 1994, tuvieran más de 15 años de servicios o más de 35 años de edad para mujeres o más de 40 años de edad para hombres, se les aplicaba las Leyes anteriores, ya que estas normas les resultaban más beneficiosas para acceder a la pensión con menos semanas de cotización, menos edad y mayor monto en la cuantía en la pensión.

El punto álgido surge con la interpretación que las altas Cortes han hecho del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de si de éste hace parte o no el Ingreso Base de liquidación "IBL", de las pensiones, por lo que en un comienzo se presentaron dos posturas: una de los que sí o otra de los que no. Por su parte el Consejo de Estado señaló que el mismo estaba integrado dentro del concepto "monto" establecido en el inciso segundo del referenciado articulo 36, y por su parte la Corte Suprema de Justicia quien siempre ha mantenido la tesis de que no, argumentando que el "IBL" para calcular la cuantía de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición estaba reglamentado en el inciso tercero de la misma codificación.

El tema se convierte aún más conflictivo cuando la Corte Constitucional atreves del sentencia SU – 230 de 2015, unifica la jurisprudencia que había mantenido históricamente en todas sus salas y que compartían la tesis del Consejo de Estado respecto de decir que el "IBL" estaba inmerso en el régimen de transición al hacer parte del concepto "monto", para cambiar su postura y decir que el mismo no hacia parte del régimen de transición dándole de esta manera la razón a la Corte Suprema de Justicia.

A lo que responde el Consejo de Estado y emite una jurisprudencia de unificación[1] en la cual se aparta de la sentencia de unificación de la corte constitucional SU - 230 de 2015,[2] lo que genera un desacato al Máximo Tribunal Constitucional, violando de esta manera, el principio de seguridad jurídica, el principio de sostenibilidad fiscal[3] y el principio de solidaridad del sistema pensional.

[1] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 4683-2013 (25, febrero, 2016). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve.

[2] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-230 (29, abril, 2015). Bogotá D.C.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljut.

[3] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 (01, julio, 2011). Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal. Diario Oficial 48117. Bogotá D.C., 2011., art 1

PROBLEMA

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.

¿Es posible considerar una aproximación teórica que permita acoger la tesis de la Corte Constitucional sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de respecto de apartar del régimen de transición el índice base de liquidación y aplicar el contenido en la norma citada?

HIPÓTESIS

El Consejo de Estado, en su labor interpretativa de la norma confunde los conceptos de "derechos adquiridos" y "meras expectativas", ya que deja sin efecto lógico la inserción dentro de una norma jurídica una transición normativa y su vigencia plena, pues no se convierte en un transición normativa sino en una especie de cláusula de no aplicación de la norma, condicionada a un plazo para su entrada en vigencia, lo cual es absurdo pues el querer del legislador fue proteger los derechos adquiridos de quienes a la entrada en vigencia de esta Ley cumplieran con los años de servicio o semanas cotizadas y la edad para acceder a la pensión en las condiciones vigentes hasta ese momento y otro el que protegía expectativas legitimas para pensionarse con mejores condiciones, no con las mismas condiciones de quienes tenían los derechos adquiridos.

Por lo anterior se pude decir, que la interpretación que le da el Consejo de Estado, y que se aparta de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional al establecer que el ingreso base de liquidación "IBL" hace parte del concepto de "monto", incluido en el inciso segundo del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atenta en contra de la seguridad jurídica pues desconoce la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional que constituye un precedente de obligatorio acatamiento, pues así lo ha establecido la Ley y la constitución ya que es el máximo tribunal constitucional colombiano encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Constitución, por lo tanto sus pronunciamientos obligan tanto a los administradores como a los servidores públicos, en consideración a que es dicha Corporación quien interpreta la Constitución con autoridad, para hacer efectivo su carácter de norma de normas y su supremacía normativa.

Además de lo anterior el Consejo de Estado al apartarse de la interpretación trazada por la Corte Constitucional viola los principios de sostenibilidad fiscal y de solidaridad, el primero de estos como quiera que el Acto Legislativo número 1 de 2005, al adicionar el artículo 48 constitucional que regula la seguridad social en nuestro país, dispuso un mandato imperativo concordante con los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal

según el cual: *"para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones."*[4]

De lo anteriormente expuesto, resulta latente *prima facie* que la postura asumida por el Consejo de Estado desconoce abiertamente este precepto constitucional, ya que tal y como se argumentará ampliamente en el presente trabajo por un lado hay una norma que ordena a la administración pública descontar sobre unos factores salariales a sus empleados como lo establece el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, y por otro lado al mismo tiempo le ordena a las administradoras de pensiones conceder pensiones a los ex empleados públicos con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, según la jurisprudencia unificación del 4 de agosto de 2010, del Consejo de Estado, por lo que se continuara desequilibrando el sistema de seguridad social, ya que los aportes o cotizaciones a los tres subsistemas (salud, pensiones y riesgos) se continuarán haciendo no sobre la totalidad de factores salariales que si se tendrán en cuenta para la liquidación de las respectivas pensiones.

Por último, el Consejo de estado desconoce el principio de solidaridad como quiera que al ser el estado colombiano un Estado social de derecho entre los cuales están como fines el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales, entre los que cobran especial relevancia los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular, el mínimo vital, brindar especial protección a los más débiles y asegurar un orden político, económico y social justo mediante la distribución y la redistribución de los recursos[5], para lo cual se hace necesario que se cumplan los principios de la eficiencia, cobertura y universalidad, propios de un sistema de seguridad social como el nuestro, como quiera que al ser Colombia un país en vía de desarrollo donde los recursos son limitados y no ilimitados, se debe respetar este principio, pues los que tienen más poder

[4] COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Concepto 5408 (31, julio, 2012). Bogotá D.C., p. 4
[5] COLOMBIA. Constitución Política de 1991., art 2

adquisitivo deben de recibir menos del estado y aportar más para de esta manera brindarle una mayor protección a la población menos favorecida.

Se evidencia entonces que la postura asumida por la Corte Constitucional tiene una postura que resulta más acertada, por cuanto señala que el IBL al no hacer parte del régimen de transición, no desconoce los derechos de los pensionados, sin embargo propende por un equilibrio financiero del sistema pensional que permite la sostenibilidad a futuro del sistema de seguridad social en este concepto.

OBJETIVOS

General

Determinar la existencia de un conflicto interpretativo respecto a la posición asumida por el Consejo de Estado ante la Corte Constitucional sobre la inclusión o no del ingreso base de liquidación “IBL” dentro del concepto de monto, establecido en el inciso segundo del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Específicos

1 Determinar la postura asumida por el Consejo de Estado frente a la interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2 Establecer la posición asumida por la Corte Constitucional en sede de tutela respecto de la interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el régimen de transición.

3 Establecer si con el conflicto de interpretación dado al inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se vulneran los principios de seguridad jurídica, sostenibilidad fiscal y solidaridad y las consecuencias que traería consigo dicha violación.

JUSTIFICACIÓN

La relevancia del presente trabajo investigativo radica en determinar si existe un conflicto interpretativo entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto a la exclusión del "IBL" para liquidar las pensiones amparadas por la transición normativa, para luego presentar si es el caso una propuesta teórica a la solución de dicho conflicto.

El Consejo de Estado en su labor interpretativa de la norma, confunde el concepto de derechos adquiridos y meras expectativas, ya que deja sin ningún efecto lógico la inserción dentro de una norma jurídica una transición normativa y su vigencia plena, al dejar sin efecto o valor alguno la primera, pues no se convierte en un transición normativa sino en una especie de clausula de no aplicación de la norma, condicionada a un plazo para su entrada en vigencia, lo cual es absurdo pues el querer del legislador fue proteger los derechos adquiridos de quienes a la entrada en vigencia de esta Ley cumplieran con los años de servicio o semanas cotizadas y la edad para acceder a la pensión en las condiciones vigentes hasta ese momento y otro el que protegía expectativas legitimas para pensionarse con mejores condiciones, no con las mismas condiciones de quienes tenían los derechos adquiridos.

La importancia del tema es que el derecho a la pensión nos atañe a todos como sociedad, unos porque esperan pensionaren y otros porque cumplen con los requisitos para gozarla; los primeros deben aportar recursos para adquirir el derecho y los otros el derecho a disfrutarla por haber aportado los recursos para ello; pero no se puede predicar lo mismo de quienes no aportaron los mismos recursos ni cotizaron el mismo tiempo, por simple lógica del costo beneficio recibido.

Por eso, en un sistema pensional como el colombiano, tan mal diseñado desde un comienzo, ha hecho que en la marcha se ajuste para garantizar los objetivos para los cuales fue creado. Por tal razón, se han hecho varias reformas normativas y constitucionales para

lograr este fin, pero se han visto truncados estos esfuerzos legislativos por interpretaciones que no se compadecen del estado de las finanzas públicas para atender el hueco fiscal que existe respecto del pasivo pensional[6] que históricamente ha afectado los fondos pensiónales del sector público.

[6] CENTRO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICA Y SOCIAL. El Sistema Pensional en Colombia: Retos y Alternativas para aumentar la cobertura. [en línea] <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/11445/351/1/El-sistema-pensional-en-Colombia_Retos-y-alternativas-para-aumentar-la-cobertura-12-de-abril-2011.pdf> [citado el 12 de abril de 2017]., , p. 131

1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL

La seguridad social como cualquier proceso histórico, cumple una etapa para dar paso a otra nueva y tiene sus orígenes en la asistencia caritativa de unos individuos hacia otros como una forma de proveer la satisfacción social[7]. A lo largo de la construcción histórica, la noción de asistencia se ha manifestado en diferentes contextos; el primero de ellos es la familia, pasando por lo privado hasta llegar a la asistencia pública, en esta última los recursos y auxilios financieros corren por cuenta del tesoro público, buscando llegar a los sectores económicos más débiles, que no pueden acceder a otro tipo de previsión social para suplir sus necesidades más apremiantes.

Como unidad más compleja de superación de necesidades sociales surge la previsión, basada en la forma de poder anticipar posibles eventualidades a las que está expuesto el ser humano y estar preparado para ellas. Se debe hacer una separación entre los mecanismos de previsión individual (de los cuales el más común es el ahorro) y los mecanismos de previsión colectiva que son el mutualismo y el seguro privado.[8]

Es tal la importancia de la previsión, que algunos la señalan como la esencia fundamental de los sistemas de seguro social que posteriormente se consolidan trascendiendo sobre el sistema de seguros privados.

Los aportes a este sistema son de parte de toda la comunidad productiva, es decir empleadores, trabajadores y Gobierno, todos contribuyen para sufragar los gastos generados por aquellas vicisitudes que puedan presentarse a los trabajadores y que ven disminuida su capacidad productiva. Estos seguros son de carácter obligatorio para el conjunto de trabajadores que conforman el mercado de trabajo formal y tienen un carácter

[7] ARENAS, Gerardo. El origen conceptual de la seguridad social. Bogotá D.C.: LEGIS, 2007.

[8] Ibíd.

legal que especifica a quién se da el derecho de protección.

Al comparar el seguro social con la asistencia pública como mecanismos de protección social, se encuentran similitudes como que ambas parten de un papel activo del Estado, además de estar impregnadas de la solidaridad entre sus miembros para atender necesidades sociales. De igual forma hay aspectos que las diferencian, como la imposibilidad de cubrir por parte de la asistencia pública todas las eventualidades al interior de aquellas poblaciones de menores recursos, dado su carácter gratuito; mientras el seguro social tiene un carácter contributivo, que responde de manera clara ante los eventos cubiertos en forma de beneficios, que son exigibles por la persona asegurada.

En este marco surge la obligación del Estado de prestar protección social en pensiones y como Colombia es un Estado en vía de desarrollo donde los recursos son limitados, se hace necesario ajustar las Leyes para lograr los principios constitucionales propios de un Estado social de derecho entre los cuales esta el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales, entre los que cobran especial relevancia los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular, el mínimo vital, brindar especial protección a los más débiles y asegurar un orden político, económico y social justo mediante la distribución y la redistribución de los recursos[9], para lo cual se hace necesario que se cumplan los principios de la eficiencia, cobertura y universalidad, propios de un sistema de seguridad social como el nuestro donde cobran relevancia principios como el de solidaridad y sostenimiento fiscal.

Por lo anterior, el gobierno ha impulsado grandes reformas pensiónales como las dispuestas en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, y propugnando por el sostenimiento fiscal del sistema pensional del sector público, mediante los actos legislativos 01 de 2005 y 03 de 2011, pero estos esfuerzo legislativos se han visto truncados por interpretaciones judiciales que no se compadecen de las finanzas públicas ya que para el caso específico los

[9] COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Op. cit., Art 2

Consejeros de Estado se ven beneficiados de sus propios pronunciamientos[10], pues al estar amparados por el régimen de transición de la Ley 100 no quieren que percibir mesadas pensionales disminuidas en el momento del retiro del servicio, como ocurrió al apartarse de la aplicación de la sentencia C - 258 de 2013 y SU 230 de 2015, la primera respecto a la no aplicación del tope de los 25 SMLV como máximo para recibir mesadas pensiónales a los Magistrados de las altas Cortes[11] y la segunda aspecto a la no exclusión del IBL del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993[12].

[10] EMISORA LA W. No se trata de legislar a favor de nosotros: María Claudia Rojas respecto a mega pensiones. [en línea] <http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/no-se-trata-de-legislar-a-favor-de-nosotros-maria-claudia-rojas-respecto-a-mega-pensiones/20140926/oir/2433485.aspx> [citado el 20 de mayo de 2017]

[11] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia SU Rad 1434-2014 (12, septiembre, 2014). Bogotá D.C.: Gustavo Eduardo Gómez.

(*) Ley 100 de 1993. 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 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 Para Los Hombres.

[12] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 4683-2013. Óp., cit.

2. DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN MATERIA PENSIONAL

El régimen de transición fue establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993(*) que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años, las mujeres mayores de 35 años o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia,

> La transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior.[13]

Ahora bien, se presenta una situación problemática con el alcance de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que contiene una incongruencia en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión. Lo anterior, ya que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en donde se hace clara referencia al porcentaje en que se debe reconocer la pensión y no el ingreso base de la liquidación "I.B.L.", en que se calcula la pensión, ya que en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al I.B.L., de la pensión. Contradicción que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha interpretado en el sentido de que el concepto "monto" está integrado por el porcentaje y I.B.L.

---

[13] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 2812-05 (22, febrero, 2007). Bogotá D.C.: M. P. Jaime Moreno García., ítem IV

Así en sentencia del 21 de septiembre de 2000, el H. Consejo de Estado expuso:

> Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100 de 1993. De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.[14]

Por su parte, en sentencia del 28 de octubre de 2004, expuso:

> No resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa

[14] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 470-99 (21, septiembre, 2000). Bogotá D.C.: Nicolás Pájaro Peñaranda., ítem III

> normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio. [15]

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de la liquidación, se rige para las personas amparadas en el régimen de transición por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al *indubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Entonces, como se ha visto hasta ahora, el régimen de transición permite que se les aplique las normas anteriores a sus beneficiarios que para el caso de los empleados oficiales que no disfrutan de un régimen especial en pensiones, se les aplica el régimen general anterior, atendiendo que una cosa es un derecho adquirido y otra una expectativa legitima como se analizara enseguida.

2.1 DERECHO ADQUIRIDO Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

El concepto de derecho adquirido ha sido tema de reflexión de innumerables tratadistas, muy especialmente en el campo del derecho civil, oponiendo esa noción a la de mera expectativa. Por vía de ilustración, resulta pertinente aludir a algunos, bien significativos. Veamos:

[15] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 5884-03 (28, octubre, 2004). Bogotá D.C.: Tarsicio Cáceres Toro., ítem 2.2

Como señala RUBIO[16] la teoría de los derechos adquiridos en esencia sostiene que una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. Es decir, los hechos jurídicos y sus efectos acaecidos en el pasado no deben ser alterados por las nuevas Leyes. Es así que este derecho continuará produciendo los efectos previstos en el acto constitutivo o por las normas vigentes al momento de su constitución.

Es preciso indicar que su origen es privatista y busca proteger la seguridad de los derechos de las personas. Tiende a conservar situaciones jurídicas existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales.
Otra definición de la teoría de los derechos adquiridos explica que son: *"[….] aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien lo tenemos"*[17].

Merlín define los derechos adquiridos como *"aquellos que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no puede ya quitarnos aquél de quien los tenemos"*[18].

Por otra parte, BONNECASE considera que la noción clásica del derecho adquirido debe sustituirse por la de "situación jurídica concreta" y a su turno, la noción de expectativa debe ceder el puesto a la de "situación jurídica abstracta"; la primera, es derecho adquirido y la segunda, es expectativa[19]. *"Por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la*

---

[16] RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo. Lima (Perú): Fondo Editorial de la PUCP, 2012., p. 27-31.
[17] ARECO, Juan Segundo. La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1948. Cap II, p. 56

[18] DE DOVAT, Merlín. Citado por ROUBIER, Paul. Derechos Subjetivos y situaciones jurídicas. Paris. Tomo 1, 1963., p. 33

[19] BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho civil. Tomo 1. Traducido por J. M. Cajicá. 1 Tomo. Citado por HERRERA ROBLES, Alekey. Los derechos adquiridos frente a la Función Administrativa. En Revista de Derecho: Universidad del Norte. Julio 2002. no. 18.

manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una Ley determinada"[20]; y la situación jurídica concreta, "*es la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución"*[21], y sobre esta última señala que *"constituyen el campo sobre el cual no puede tener efecto la nueva Ley"*[22].

La Corte Constitucional mediante sentencia C-168 de 1995, declaró exequible gran parte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se resalta como describe la diferencia entre los derechos adquiridos y las expectativas de derechos y el trato distinto que puede dar el legislador a estas dos figuras legales, citando además de los autores atrás reseñados, entre ellos los franceses Louis Josserand, Charles Beudant, los hermanos Henri, León Jean Mazeaud, Gabriel Baudry-Lacantinerie y Maurice Houques-Fourcade los italianos Enrique Fiore y Francisco Gabba, el chileno Luis Claro Solar y el colombiano Julián Restrepo Hernández en los siguientes términos:

> El Constituyente de 1991, en forma clara y expresa se refirió a los derechos adquiridos para garantizar su protección, al estatuir en el artículo 58:
>
> 'Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social...'. [23]

---

[20] Ibíd.
[21] Ibíd.
[22] Ibíd.
[23] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168 (20, abril, 1995). Bogotá D.C.: Carlos Gaviria Díaz., ítem IV-e

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la Ley en el tiempo, pues una Ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la Ley anterior. Sin embargo, nuestra Constitución establece una excepción al principio de la irretroactividad de la Ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuida en el artículo 29, así: *"En materia penal, la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*[24].

Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la Ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido para gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se encuentra apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión, 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'.[25]

2.2 CONCEPTO MONTO

Ahora bien como la discusión y el problema de investigación planteado gira en torno a la interpretación del concepto monto, a continuación analizaremos este vocablo para concluir a que se refirió el legislador al introducirlo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que

[24] COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Óp. cit., Art 29

[25] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Óp., cit., ítem IV-e

en la exposición de motivos de esta Ley no se refirió en nada en este aspecto[26].

2.3 RELACIÓN ENTRE LA PALABRA MONTO Y EL PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES.

Aceptando que el aspecto semántico será de mucha importancia en este punto, por tratarse del efecto que pueda tener el significado de una palabra en la aplicación de la norma a la cual pertenece, es necesario conocer el contexto al cual pertenece el vocablo monto, para así evitar que una decisión jurídica se limite, como ha venido ocurriendo, al significado literal y aislado de una sola palabra.

Se empieza dejando claro que todo sistema pensional de reparto (*) como lo fueron la gran mayoría de regímenes existentes en nuestro país antes de la Ley 100 de 1993 y como lo es el régimen de prima media con prestación definida, tiene varios elementos para determinar la cuantía o el valor de las pensiones, independiente de los requisitos que exija cada sistema para acceder al derecho en sí mismo.

Estos elementos, que también se pueden diferenciar en los sistemas anteriores, se encuentran perfectamente definidos dentro de la Ley 100 de 1993, cuando se desarrolla el régimen de prima media con prestación definida, el cual se utilizará como referente para diferenciar los siguientes elementos, y así comprender el contexto dentro del cual se utiliza

---

[26] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la ley 100 de1993. (01, octubre, 1992). Gaceta del Congreso. Bogotá D.C., 1992.

(*) La principal diferencia entre el Sistema de Capitalización Individual y el Sistema de Reparto, es la forma de financiamiento de las pensiones. En el Sistema de Reparto la pensión de cada persona se financian en parte con los aportes o cotización que realizan los trabajadores activos y el Estado, por lo tanto, el dinero aportado va a un fondo común con el cual se financian las prestaciones. En el Sistema de Capitalización Individual, cada afiliado posee una cuenta donde se depositan sus cotizaciones previsionales, las cuales se capitalizan y ganan la rentabilidad de las inversiones que las Administradoras realizan con los recursos de los Fondos. Al término de la vida activa, este capital le es devuelto al afiliado o a sus beneficiarios sobrevivientes en la forma de alguna de las modalidades de pensión. Por otra parte, el Sistema de Reparto se caracterizaba por tener cotizaciones indefinidas y beneficios definidos. Es decir, el monto de la pensión no se relacionaba necesariamente con lo aportado durante la vida activa, sino con las características de la Caja de Previsión a la que se perteneciera y con el cumplimiento de ciertos requisitos que daban derecho a una pensión previamente definida.

el vocablo monto como beneficio transicional:

a. **Monto:** En nuestro medio pensional este término ha sido utilizado para referirse a la tasa de reemplazo, es decir la relación porcentual entre el salario o promedio del mismo que recibe el trabajador activo y el valor de la mesada que éste recibirá una vez empiece a disfrutar el derecho pensional. Así se puede leer en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 que define el monto de la pensión como un porcentaje que hoy día oscila entre el 55% y el 80%, aplicable a otro elemento independiente denominado ingreso base de liquidación.

b. **Ingreso base de cotización:** Está constituido por los factores salariales que se utilizan para hacer los aportes o cotizaciones para pensión, los cuales, por lógica, servirán en su momento para determinar el ingreso base de liquidación. En la Ley 100 de 1993 este ingreso base de cotización está definido por el artículo 18, siendo para el caso de los trabajadores del sector privado todos los factores que sean considerados por el Código Sustantivo de Trabajo como salario, y para el caso de los empleados públicos los factores que disponga el Gobierno según las atribuciones conferidas por la Ley 4 de 1992.

c. **Ingreso base de liquidación**: Como ya se anticipó, este es un elemento distinto al monto, y está directamente relacionado con el ingreso base de cotización. Se refiere al periodo de tiempo durante el cual se promediarán los factores o salarios que sirvieron de base para efectuar los aportes, que será de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, Ley 100 de 1993 o del último año de servicio Leyes 33 y 62 de 1985.

Para efectos de establecer este ingreso promedio se debe seguir un principio básico y lógico, que hoy día en Colombia tiene rango constitucional[27], según el cual

[27] Colombia. Constitución Política de 1991. Op., cit., art 48-12: Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá

solo será factor de liquidación aquel que haya servido como factor de cotización, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador que fomente la elusión en los aportes o cotizaciones. Para el caso de la Ley 100 de 1993, según el artículo 21 y por regla, se tendrá como ingreso base de liquidación el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotiza el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Como se puede observar, el régimen de prima media con prestación definida diferencia plenamente los conceptos: monto e ingreso base de liquidación, sin sugerir que el primero de los vocablos incorpore al segundo como en forma errada lo concluye el Consejo de Estado, como se verá más adelante. Esta diferenciación resulta tan evidente, que cada uno de los términos es definido y descrito en artículos diferentes, el primero en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el segundo en el artículo 21 ibídem.

De otro lado estará el ingreso base de cotización referente a los factores que por Ley deben ser, o fueron, objeto de descuentos o aportes para el sistema, estos conceptos salariales, serán los mismos que se utilicen en el ingreso base de liquidación.

Finalmente y como concepto autónomo que es, se encuentra el ingreso base de liquidación al cual se llega con variables distintas a las utilizadas para determinar el monto. Así, este dependerá del promedio de los factores o salarios sobre los cuales se haya cotizado durante los últimos diez años anteriores al reconocimiento pensional, es decir que está mucho más condicionado y relacionado con el ingreso base de cotización que con el monto, para el cual, resultará complementario.

Esta separación conceptual de términos también se evidencia en el artículo 36 de la misma Ley 100, cuando se define y regula el régimen de transición, ya que en el inciso

---

determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

segundo se anota que el monto de las pensiones derivadas de este régimen lo fija la normatividad que regulaba el respectivo régimen anterior, y por el contrario el ingreso base de liquidación se define de manera autónoma y específica en el inciso tercero del mismo artículo.

Por lo anterior, resulta casi inexplicable la teoría del Consejo de Estado según la cual la palabra monto es un todo que forzosamente debe incluir el ingreso base de liquidación, soportando su planteamiento en la definición que de la palabra monto ha hecho tradicionalmente la Real Academia de la Lengua, tal y como se pudo observar en la sentencia del 21 de septiembre del año 2000[28], esta interpretación, sin duda favorable al pensionado, empero que se deslegitima al fraccionar e ignorar la esencia de la norma que pretende interpretar, se aleja de la dinámica pensional tradicional, ya que contrario a lo que concluye el Consejo de Estado, el concepto monto como elemento constitutivo de la pensión sí se ha entendido como un número o porcentaje abstracto que se aplica a otro de los elementos constitutivos de la pensión denominado ingreso base de liquidación.

Por lo anterior, siguiendo la terminología propuesta por el Consejo de Estado, se puede afirmar que el monto, el ingreso base de liquidación y los factores salariales, son partidas autónomas que sumadas definen el valor o cuantía de la pensión.[29]

Al respecto se puede observar que antes de la Ley 100, la Ley 33 de 1985 establecía que, para la generalidad de los empleados públicos, el monto de la pensión era el 75% y que el ingreso base de liquidación era el promedio de los factores sobre los cuales se aportó durante el último año de servicio.[30]

---

[28] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 470-99. Óp., cit., ítem III

[29] Ibíd.

[30] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 33 (29, enero, 1985). 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 36856. Bogotá D.C., 1985., Art 1

Igualmente, el Acuerdo 049 de 1990[31] establecía para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, que el monto o cuantía de la pensión oscilaba entre el 45% y el 90%, y que el ingreso base de liquidación o salario mensual de base sería el promedio de los salarios sobre los cuales se efectuó la cotización, registrados durante las últimas cien semanas, que equivalen aproximadamente a dos años.

Por lo atrás expuesto, es entendible que el legislador, al regular el régimen de transición dentro de la Ley 100 de 1993, contemplara que el monto sería extraído o referenciado del régimen anterior, creando un nuevo y especial ingreso base de liquidación, que permitiera pasar de manera gradual de unos ingresos base de liquidación cortos, de uno o dos años, a la nueva regla general de diez años contenida en el nuevo sistema.

2.4 EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN

Junto a la controversia creada por el efecto interpretativo de la palabra monto, aparece una segunda discusión no tan pacifica en la jurisprudencia del Consejo de estado, relacionada con los factores salariales que se deben tener en cuenta al liquidar las pensiones de los empleados públicos, amparados por el régimen de transición, pues solo hasta el año 2010, se unifico criterios en torno a si se debían liquidar estas pensiones con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en dicha sentencia al respecto se dijo:

> Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse

[31] COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES. Acuerdo 049/1990. Bogotá D.C., p. 5.

> aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.[32]

Como acepta el mismo Consejo de Estado, históricamente en sus salas han existido diferentes posturas sobre los factores a incluir en la liquidación de las pensiones de los causantes amparados por la Ley 33 de 1985, lo cual impide hablar de una jurisprudencia pacífica. Estos criterios se mueven en tres tesis o posturas, a saber:

a) la primera, la que acoge el criterio que se deben incluir en la liquidación los factores taxativamente señalados en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985,
b) la segunda, la que acoge que se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales se hayan hechos los respectivos descuentos a pensión y salud, y;
c) la tercera y última la cual se concluye que se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tesis ultima acogida por la sala plena al unificar su jurisprudencia.

Las dos primeras posiciones, respetuosas de los mandatos constitucionales que de un lado reservan al legislador la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos[33] y, de otro lado, que someten al imperio de la Ley las decisiones de los jueces en sus providencias[34], como se pasa a analizar en seguida respecto a la inclusión de los factores salariales en la liquidación de las pensiones de las personas amparadas en el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

---

[32] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0112-09. (4, agosto, 2010). Bogotá D.C.: Víctor Hernando Alvarado., ítem III

[33] COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Op., cit., art 150

[34] COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Op., cit., art 230

2.5 FACTORES SALARIALES A INCLUIR EN EL IBL DE LAS PENSIONES DE LAS PERSONAS AMPARADAS EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

Como se analizara mas adelante con las líneas jurisprudenciales que han trazado las tres altas cortes respecto a la inclusión o no del IBL dentro del régimen de transición, en este capítulo nos dedicaremos a ver lo referente a la inclusión de que factores salariales dentro del Ingreso Base de liquidación de las pensiones, para lo cual abordaremos la jurisprudencia del Consejo de Estado, como quiera que la Corte Suprema y recientemente la Corte Constitucional tienen un criterio uniforme en cuanto a la no inclusión del IBL dentro de la transición normativa de la Ley 100 de 1993 y la forma de liquidar estas pensiones con los factores señalados en el decreto 1158 de 1994, por lo que no haremos mención en este aparte de lo dicho al respecto por estas dos cortes.

Ahora bien, se puede decir que el Consejo de Estado entorno a la liquidación de las pensiones con la inclusión o no de todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicio conforme lo dispone la Ley 33 y 62 de 1985, no ha sido tan pacífica y reiterada como se verá con lo referente al IBL, ya que entre las Subsecciones de la Sección Segunda de ésta corporación no fue uniforme pues como se dijo anteriormente se mantenían tres posturas interpretativas, entonces veamos cual fue el camino argumentativo que tomo éste alto tribunal para llegar a ésta sentencia de unificación.

2.5.1 Pronunciamiento del 6 de agosto de 2008

El Honorable Consejo de Estado, al resolver el caso de un ex empleado público del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, beneficiario del régimen de transición, afirmó de manera expresa que los factores a incluir en la liquidación de la pensión debían ser solamente los señalados taxativamente en la Ley 33 de 1985, en los siguientes términos:

> En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y

62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance -distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente la norma señaló 2.

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.[35]

[35] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0640-08. (6, agosto, 2008). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve., ítemVI, CONSIDERACIONES

2.5.2 Pronunciamiento del 11 de noviembre de 2009

En esta sentencia, el Consejo de Estado concluye que no se viola el principio de favorabilidad por la no inclusión en la liquidación de la pensión todos los factores salariales devengados en el último año de servicio aplicando la Ley 32 y 62 de 1985, como quiera que el legislador de manera expresa indica sobre qué factores salariales se debe reconocer la pensión, pues las Leyes se hacen teniendo en cuenta el sostenimiento financiero del sistema pensional, veamos:

> Tampoco resulta pertinente acudir al principio de favorabilidad para incluir en la liquidación de la pensión todos los factores devengados, porque en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busca la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado. El principio de favorabilidad supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables a diferencia del régimen de transición, en el cual, la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, pues la legislación pensional ha procurado tomar en cuenta, en materia de edad, la realidad demográfica y, por eso, ha ido aumentando gradualmente la edad para acceder a esta prestación; y en materia de factores de liquidación ha buscado la correlación y coherencia financiera del sistema de pensiones, procurando que el reconocimiento pensional se efectúe únicamente con los factores previstos de manera expresa por el legislador y no con todo lo devengado por el trabajador, cuando no tiene derecho a ello. [36]

2.5.3 Pronunciamiento del 18 de febrero de 2010

En esta sentencia el Consejo de Estado trae a colación los pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, coincidiendo con estas al respecto de la no inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador

---

[36] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0930-08. (11, noviembre, 2009). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve., ítem 4

para efectos de liquidar la pensión si el legislador a si lo dispuesto, de la siguiente manera:

> Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los **factores salariales** definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.
>
> Lo anterior, impone además distinguir el concepto de "factor salarial" del concepto amplio y general de "elemento salarial". Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, "sin que constituya factor salarial"[37].

Uno de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad que se cita, refería que la norma demandada al no consagrar esa prima técnica como un factor salarial, transgredía los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, específicamente el Convenio 95 aprobado por la Ley 54 de 1962, en los que se define "salario" como toda la retribución que se recibe por el trabajo.

En ese contexto, señalo el H. Consejo de Estado:

> La Corte Constitucional, trajo primero a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo lo siguiente:
>
> La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones

[37] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0836-08. (18, febrero, 2010). Bogotá D.C.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren., ítem 2.2

que en materia salarial en el sector privado introdujo la Ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter.

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacérseles otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano

> tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional. (Subraya la Corte)
>
> De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salárialeS, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución.[38]

2.5.4 Pronunciamiento de unificación Jurisprudencial del 4 de agosto de 2010.

En esta sentencia, el Consejo de Estado unifico criterio respecto a la liquidación de las pensiones de las personas que se les aplicare la Ley 33 y 62 de 1985, concluyendo que se debían liquidar con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en los siguientes términos:

> 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 de 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, primas 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 difiere de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa de

[38] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 1020-08. (18, febrero, 2010). Bogotá D.C.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren., ítem 2.2

su servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales — a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. [39]

2.5.5 Salvamento de voto del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

El consejero presento salvamento de voto por su inconformidad con el fallo al considerar que el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la Leyes 33 y 62 de 1985, argumentando entre otras cosas lo siguiente:

1.) Como se expuso en la decisión de la que me aparto, la Sección Segunda, a través de los años, no ha tenido una posición uniforme en torno a la taxatividad de los factores incluidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Sin embargo, se encuentra que en múltiples casos se dispuso la aplicación de dicha taxatividad sin consideración a los demás conceptos salariales que hubieran sido devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Más adelante, en sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicación número: 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02). Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, se dispuso expresamente que no pueden incluirse "la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de servicios, ni el quinquenio, por cuanto estos últimos no se consideran factores pensionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 (régimen

[39] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0112-09. Óp., cit., ítem III-e

> general). Se anota que estos factores han sido computados pero en regímenes pensionales especiales cuando ellos lo permiten. [40]

Con ponencia del mismo Consejero la Sala de la Sección Segunda unificó la jurisprudencia exponiendo:

> Para la Sala es claro que si los factores que han de ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la Ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido NINGUN FACTOR DIFERENTE PUEDE SER VALIDAMENTE INCLUIDO, aun cuando el mismo haya sido objeto de idéntica gabela, pues esta circunstancia no es presupuesto alguno de legalidad.[41]

2.5.6 Pronunciamiento de la unificación del 25 de febrero de 2016.

Mediante esta sentencia el Consejo de Estado unifico la jurisprudencia en torno a la no aplicación de la sentencia SU 230 de 2015, de la Corte Constitucional, y reitero su jurisprudencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en los siguientes términos:

> "En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección."*[42]*.

Como se pudo estudiar, en el tema de la inclusión o no de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios para cuestiones de liquidar las pensiones de las

---

[40] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Salvamento de Voto Sentencia Rad 0112-09. (4, agosto, 2010). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve., ítem 1

[41] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Salvamento de Voto Sentencia Rad 0112-09. Óp., cit., ítem 1

[42] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 4683-2013. Op., cit., ítem III

personas que le son aplicables las Leyes 32 y 62 de 1985, se crea una incertidumbre jurídica ya que las entidades no tienen una guía certera que les permita unánimemente entender la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues por un lado el legislador crea Leyes atendiendo las finanzas públicas y fija que recursos se pueden comprometer para atender las pensiones, pues los recursos con los que cuenta un país como Colombia no son ilimitados, por eso se hace de vital importancia que el gobierno atreves de su la labor legislativa, prevea estas contingencias para poder garantizar no solo el pago de las pensiones actuales sino de las futuras, pero si en la labor interpretativa se desconocen estos esfuerzos y se asume una posición favorable para los ex trabajadores empero irresponsable pues cierra la posibilidad de que los futuros pensionados puedan acceder a pensiones en condiciones dignas.

El Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación del año 2010[43], al decir que listado contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 no era taxativo, sino que tenía apenas un papel enunciativo, sugiere a partir de esta nueva providencia que todos los factores que puedan ser considerado salariales deben ser incluidos en la liquidación de las pensiones derivadas del régimen de transición, así estos no hayan sido objeto de los descuentos que legalizaban su inclusión en la liquidación pensional.

Pero no resulta aventurado decir que los Consejeros de Estado legislan a su favor al ser beneficiarios del régimen de transición, pues se favorecen de todas estas interpretaciones que han hecho sobre los factores salariales y demás aristas que tiene el régimen de transición, ya que en lo concerniente a los que no se beneficiaron del régimen de transición, no se ha desarrollado una labor interpretativa tan favorable como la desplegada con el entendimiento de la Leyes 33 y 62 de 1985, pues el decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, que se les aplica a las personas no beneficiarias del régimen de transición también trae una lista de qué factores se deben incluir en la liquidaciones de las pensiones, factores que para el Consejo de Estado hoy en día son taxativos pues ellos no les

[43] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0112-09. Óp., cit.

afecta este tema, lo cual cambiaría cuando comience a aplicársele a sus pensiones el régimen de la Ley 100 de 1993, de ser a si, se afectaría la seguridad jurídica ya que ni las administradoras, ni los afiliados, ni los pensionados o sus apoderados y ni si quiera los mismos jueces de instancia, tienen certeza de cuál es la posición jurídica que se debe asumir en esta materia.

Pues hoy en día las decisiones que toman las administradoras de pensiones en el sector público, con la convicción de estar apoyadas en la jurisprudencia de la instancia más alta de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mañana pueden resultar "ilegales" a luz de una nueva perspectiva del Consejo de Estado, generando incertidumbre en cuanto a las expectativas de afiliados y pensionados, mayor congestión judicial y un alto costo económico debido al pago de diferencias que siempre deben ser reconocidas con la correspondiente indexación, pues los fallos ya en firme sobre esta materia no se afectarían por la cosa juzgada, como se explica más adelante.

3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LAS ALTAS CORTES, RESPECTO A LA LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS EX EMPLEADOS PÚBLICOS AMPARADOS EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

Pasemos a ver como ha sido históricamente la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por parte de las tres cortes colombianas, donde se destaca que el Consejo de Estado lo ha hecho de una manera desacertada pues como se verá, usa de pretexto la consulta el espíritu de la Ley (*) para darle el alcance a una expresión contenida en la norma que no es necesaria, ya que la Ley es clara como para apartarse de su tenor literal, como siempre lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia y recientemente la Corte Constitucional.

3.1 LÍNEA JURISPRUDENCIAL TRAZADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia ha tenido una jurisprudencia pacifica y reiterada frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se pega más al querer del legislador. El máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria siempre ha tenido claro que el concepto "monto" establecido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia al porcentaje en que se debe calcular la cuantía de la pensión una vez establecido el "IBL" el cual está expresamente estipulado en el inciso tercero del articulo ya referenciado.[44]

3.1.1 Pronunciamiento del 4 de agosto de 2004

Mediante este fallo, la Corte Suprema de Justicia explica y define las situaciones que se pueden presentar dentro del régimen de prima media con prestación definida, de un lado los derechos adquiridos, en medio del régimen de transición y en el otro extremo la Ley 100 plena o régimen ordinario, como la denomina la Corte. Así, al referirse al ingreso base de liquidación señala lo siguiente:

> (...) La Ley 100 de 1993, reguló las pensiones legales que se causaran a partir de su vigencia, instituyó el Sistema General de Pensiones conformado por el régimen solidario de prima media con beneficio definido y el de ahorro individual con solidaridad, y previo para el primero un régimen de transición.
>
> Conforme a los artículos 10 y 11 ibídem —salvo para quienes quedaron

(*) Toda ley tiene un sentido (voluntad y espíritu de la ley) y está proyectada para abarcar una determinada zona de la actividad humana (alcance), pero no en toda ley aparece suficientemente claro este sentido y alcance. La interpretación es la búsqueda del espíritu de la ley (intencionalidad)."Que es lo que quiso o quiere decir la ley". La interpretación de la ley es una cuestión exclusivamente de técnica jurídica, especialmente de la hermenéutica, según la cual no debe desconocerse la letra clara de la ley, a pretexto de consultar con su espíritu.

[44] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial 41.148., art 34

expresamente exceptuados por el artículo 279 de dicha Ley y los regímenes especiales—, el sistema se aplica a todas las pensiones legales, mediante el reconocimiento de pensiones en la forma y condiciones que se determinan en la citada Ley, respetando, claro está, los derechos adquiridos con arreglo a cualquier fuente normativa anterior y el régimen de transición para los beneficiarios determinados en el artículo 36 de la misma.

Lo anterior implica que en el régimen de prima media con prestación definida, el ingreso de base de liquidación de las pensiones legales de vejez o jubilación causadas a partir de las respectivas vigencias de la Ley 100, según el caso, está gobernado por el artículo 21 de la misma (régimen ordinario) o por el artículo 36 (régimen de transición).

A) En la primera hipótesis se determina según el promedio de los salarios o las rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los diez 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. No obstante, cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, resulte superior a lo dicho, el asegurado podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado un mínimo de 1.250 semanas.

B) En la segunda hipótesis (régimen de transición), el ingreso base de liquidación de los afiliados a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. [45]

Podemos observar como la Corte precisa los alcances del artículo 36 de la Ley 100 de

[45] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 22477 (4, agosto, 2004). Bogotá D.C.: Carlos Isaac Nader y Luis Javier Osorio López., p.28-30

1993, de manera acertada y desprovista de interpretaciones forzosas o convenientes, al indicar que la nueva Ley tiene como destinatarios a todos los colombianos, pero dentro de su funcionamiento tiene dos situaciones a las cuales no se les aplica de manera plena el nuevo régimen: primero cuando hay derechos adquiridos, y segundo, cuando se pertenece el régimen de transición.

Es de resaltar como la Corte diferenciará dos tipos de IBL para calcular la cuantía de las pensiones, tanto de los amparados por el régimen de transición a quienes se les aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y otro para los que no están amparados por la transición normativa a quienes se les aplica lo establecido en el artículo 21 de la cita Ley, en estos términos:

> Planteada la situación así, entonces, como en el caso en que se trata, el derecho a la pensión legal de jubilación del demandante, que ya se precisó debe ser pagada por la demandada, se causó en vigencia de la Ley 100 de I993, pues ocurrió el 29 de diciembre de 1997, tal prestación social está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 ya transcrito, y más concretamente por sus incisos segundo y tercero.
>
> Lo anterior implica, entonces, que la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad, tiempo de servicios y al monto del 75%, no así en lo que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero de tantas veces citado artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación.[46]

3.1.2 Pronunciamiento del 19 de mayo de 2005

En esta sentencia se puede observar como la Corte reitera una posición jurisprudencial, en el sentido de indicar que el "IBL" no hace parte de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, veamos:

---

[46] Ibídem., p. 31-32

> Planteada la situación así, entonces, como en el caso en que se trata, el derecho a la pensión legal de jubilación del demandante, que ya se precisó debe ser pagada por la demandada, se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues ocurrió el 29 de diciembre de 1997, tal prestación social está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 ya trascrito, y más concretamente por sus incisos segundo y tercero.
>
> Lo anterior implica, entonces, que la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad, tiempo de servicios y al monto del 75%, no así en lo que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero del tantas veces citado artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación.[47]

3.1.3 Pronunciamiento del 17 de octubre de 2008

En este fallo podemos estudiar como la Corte precisa no solo el efecto del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino que da una explicación de cómo se puede entender el ingreso base de liquidación como uno de los elementos que conforman el derecho pensional, para concluir que le era dable que el legislador determinara un "IBL" especial y específico para el régimen de transición allí contenido. Así se explicó:

> Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del

[47] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 23120 (19, mayo, 2005). Bogotá D.C.: Camilo Tarquino Gallego., p. 15

Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

Lo anterior significa que fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición que creó para quienes al momento en que entró a regir el sistema de pensiones les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho prestacional, que es el caso de la actora, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación.

De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la Ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada. (Subrayado Fuera del Texto Original) [48]

[48] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 33343 (17, octubre, 2008). Bogotá D.C.: Gustavo José Gnecco Mendoza., p. 12-13

3.1.4 Pronunciamiento del 16 de diciembre de 2009

En esta sentencia vemos como la Corte Suprema de Justicia, reitera su jurisprudencia respecto de la exclusión del "IBL" del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el caso de un empleado público, a quien se le debe aplicar la Ley 33 de 1985:

> En lo referente al primer tema, esto es si procede liquidar la pensión de jubilación del actor, en su condición de servidor del sector público, beneficiario del régimen de transición, con base en el salario del último año de servicio, la Sala tiene definido que la finalidad de los regímenes de transición previstos por el legislador, con ocasión de los cambios normativos que han regulado el sistema pensional en el país, han tenido el propósito de beneficiar a quienes tenían la expectativa cercana de consolidar el derecho, propósito que se reflejó en el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no conservó en su integridad las normas que regulaban la causación del derecho pensional en los diferentes regímenes existentes, que asumió, a su entrada en vigencia, para quienes tenían una expectativa relativamente cercana de adquirir la pensión.
>
> Este régimen solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 citado.[49]

3.1.5 Pronunciamiento del 25 de marzo de 2015

En el pronunciamiento más reciente se puede observar como la Corte reitera su posición

[49] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 34863 (16, diciembre, 2009). Bogotá D.C.: Gustavo José Gnecco Mendoza., p. 15-13

constante desde el año 2000, en el sentido de indicar que el "IBL" no hace parte de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así lo indicó:

> Ahora, como es sabido, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición para quienes con anterioridad a su vigencia podían haberse pensionado de conformidad con las normas pensionales de la época de seguir éstas vigentes pero que con el advenimiento del nuevo Sistema General de Seguridad Social Integral y particularmente del Sistema General de Pensiones allí previsto podrían ver truncado su derecho, pues la nueva reglamentación estableció unos requisitos más exigentes a los conocidos o diferentes a los en aquellas preceptivas anteriores contemplados.
>
> Así, preservó la situación de dichas personas en cuanto a algunas de los componentes de las pensiones a las que podrían haber aspirado de seguir vigentes, pero a condición de que cumplieran unas exigencias mínimas, pues a los demás los sujetó al nuevo sistema pensional.
> (…)
>
> Es decir, permitió que quienes contarán a su vigencia con 35 años, si se era mujer, o 40 años de edad, si se era hombre, o con 15 años de servicio en cualquier caso preservaran los requisitos de (I) edad pensional, (II) tiempos de servicio o número de semanas de cotización y (III) monto de la pensión de jubilación o de vejez del o de los regímenes anteriores a los cuales se encontraran afiliados, pues el llamado Ingreso Base de Liquidación (I.B.L.) del derecho pensional lo reguló directamente en la forma descrita en el inciso tercero de la norma.[50]

Se concluye entonces que la Corte Suprema de Justicia es respetuosa del querer del legislador y no amaña la interpretación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo hace el Consejo de Estado al decir que el "IBL" hace parte del concepto monto previsto en el inciso segundo del referenciado artículo, pues el mismo

---

[50] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 53082 (25, marzo, 2015). Bogotá D.C.: Luis Gabriel Miranda Buelvas., p. 8-11

tiene su propia reglamentación en el inciso tercero.

3.2 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional hasta antes de la vigencia de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, modificó y unificó la jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya ratio decidendi fue precisa hasta ese entonces en señalar que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El alto tribunal, distinto a lo hecho por la Corte Suprema de Justicia que ha mantenido un único criterio sobre la materia, ha manejado de manera similar a la del Consejo de Estado, criterios fluctuantes respecto a la forma de determinar la cuantía de las pensiones derivadas del régimen de transición y la interpretación que en este sentido se debe hacer del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como se puede analizar de sus pronunciamientos desde el año 1995 así:

3.2.1 Pronunciamiento del 20 de abril de 1995[51].

Por medio del cual la Corte Constitucional declaró exequible gran parte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la cual se le dará mayor énfasis no solo por ser la más antigua, sino por los efectos generales que tienen los fallos de constitucionalidad por encima de los efectos particulares, a los que en principio se limitan los fallos de tutela.

[51] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Óp., cit., ítem IV

Precisando que si bien la Corte declaró inexequible el aparte final del inciso tercero del artículo 36, con este fallo declaró exequible la primera parte del mismo inciso, referida al ingreso base de liquidación determinado por la Ley para las pensiones originadas en el régimen de transición.

Esta sentencia tiene una particular importancia por varios aspectos, entre ellos el detalle y juicio con que se describe la diferencia entre los derechos adquiridos y las expectativas de derechos y el trato distinto que puede dar el legislador a estas dos figuras legales.

Así y luego de citar distintos y reconocidos tratadistas (*), la Corte concluye que:

> La jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la Ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.
>
> (...)
>
> En conclusión: 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'.[52]

(*) Entre los tratadistas citados se encuentran los franceses Louis Josserand, Julián Bonnecase, Charles Beudant, los hermanos Henri, León Jean Mazeaud, Gabriel Baudry-Lacantinerie y Maurice Houques-Fourcade los italianos Enrique Fiore y Francisco Gabba, el chileno Luis Claro Solar y el colombiano Julián Restrepo Hernández.

[52] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Óp., cit., ítem IV-e

Por lo anterior, es claro que para la Corte Constitucional, tal y como está hoy ratificado por la misma Constitución Política en el inciso 14 del artículo 48, se está ante un derecho adquirido en materia pensional cuando se han cumplido con la totalidad de requisitos exigidos para acceder a dicha prestación, conclusión plasmada de manera contundente en la siguiente cita:

> Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la Ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.[53]

Una vez delimitadas las nociones de derecho adquirido y expectativa de derecho, la Corte aborda en esta sentencia el tema de la condición más beneficiosa, de manera no acertada al asimilar éste concepto con el principio de favorabilidad y concluye que la Constitución Política, al proteger la condición más beneficiosa, se refiere únicamente a los derechos adquiridos.

Al respecto es oportuno tener presente el muy interesante análisis que hace quien fuera el actor en esta demanda, Jairo Villegas, en su libro Derecho Administrativo Laboral, sobre la precisa diferencia que existe entre el principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa, así:

> Confunde la Corte la invocada favorabilidad, como si ella tuviera relación con el fenómeno planteado de la sucesión normativa entre norma anterior derogada y norma nueva vigente, pues la favorabilidad no es sucesión normativa, sino que opera frente a

[53] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Op., cit. Ítem iv-e

> ambas normas vigentes. Por su parte, la sucesión normativa, que regula la condición más beneficiosa es, frente a una nueva norma, derogatoria de la anterior, a fin de que trabajadores preexistentes estén protegidos por la condición más beneficiosa y la nueva norma se aplique plenamente a los nuevos trabajadores que ingresen a partir de su vigencia. [54]

Sin embargo, pese a la falta de profundidad y certeza en los conceptos por parte de la Corte al abordar el estudio de la condición más beneficiosa, como sí lo había hecho en la conceptualización de los derechos adquiridos, acierta al precisar que el principio de la condición más beneficiosa, aún en su aplicación más favorable, está sujeto a límites, señalando que:

> La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada teoría de la irreversibilidad que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso: "En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente.[55]

---

[54] VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. 7 ed. Bogotá D.C: Legis, 2005., p. 17-31

[55] Estado Social y Administración Pública. Editorial Cívitas: 1983. Citado por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168 (20, abril, 1995). Bogotá D.C.: Carlos Gaviria Díaz., ítem iv-e

Agrega la H. Corte Constitucional:

> De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora.[56]

Entonces, bajo el entendido que el demandante pretendía que quienes ya venían sometidos a los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 se les mantuvieran las condiciones originales plasmadas en las normas previas y que el nuevo sistema pensional fuera exclusivo para quienes con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema ingresaran por primera vez al sistema, la Corte aclaró al actor, echando mano de la teoría de los derechos adquiridos y en las limitaciones que lógicamente debe tener el principio de la condición más beneficiosa, que el legislador puede dentro de su potestad legislativa dar un trato especial a las expectativas no consolidadas, es decir aquellas que no se han convertido aún en derechos adquiridos, tal y como se precisa en el siguiente extracto:

> Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.[57]

---

[56] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Óp., cit., ítem IV-e
[57] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Óp., cit., ítem IV-e

Todo lo anterior serviría de fundamento para que la Corte declarara exequible la mayor parte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ratificando no solo la constitucionalidad sino la legitimidad de que el legislador diera un trato distinto a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema ya tenían un derecho adquirido y quienes sin tener adquirido el derecho, estaban próximos a consolidarlo. Este trato diferencial estará así plasmado en el ingreso base de liquidación allí determinado.

Esta conclusión se puede observar en el siguiente aparte, donde además se diferencia las expectativas según la cercanía que ellas tengan a la consolidación del derecho perseguido:

> Y sobre la discriminación que, según el actor, se crea entre las personas que quedan comprendidas por el precepto demandado frente a las demás, cobijadas por el régimen anterior, cabe anotar que mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la Ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.[58]

[58] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168. Óp., cit., ítem IV-e

3.2.2 Pronunciamiento del 7 de mayo de 2013[59].

En lo atinente al parámetro de control de constitucionalidad empleado en la sentencia, en un primer término se estableció el contenido de los principios constitucionales implicados en la decisión: igualdad, solidaridad, dignidad humana y trabajo. Advirtió que, en virtud de la cláusula del Estado Social de Derecho, existe un compromiso con la igualdad material, la garantía del mínimo vital de todas las personas, y la construcción de un orden económico y social justo, fines para los que la distribución equitativa de los recursos juega un papel fundamental.

Concretamente, respecto a los cargos dirigidos contra la expresión ingreso base de liquidación (IBL) del régimen especial de congresistas y demás servidores públicos a los que le es aplicable el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la Corte encontró lo siguiente:

> La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (*), tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala consideró que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de

[59] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 (07, mayo, 2013). Bogotá D.C.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., ítem 3

> la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.
>
> (…)
>
> Por último, de conformidad con lo antes expuesto, la transferencia de recursos a la que la regla de Ingreso Base de Liquidación conduce, también impone un sacrificio claramente desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.[60]

Con fundamento en estas razones, la Sala Plena de la Corte declaró inexequible la expresión "durante el último año" y estableció que el IBL aplicable debía ser el dispuesto en el régimen general del artículo 36 de la Ley 100. Es necesario advertir en este punto que, a diferencia de la jurisprudencia vigente de las Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional sobre la aplicación inescindible de los regímenes especiales, incluyendo las condiciones del IBL, esta providencia declara la inexequibilidad de la norma especial y ordena remitirse al régimen general de pensiones.

Esto encuentra su justificación en la medida en que, para la Sala, al igual que ocurre con las reglas de Ingreso Base de Liquidación, factores y beneficiarios, la expresión aludida **(i)** vulnera el principio de igualdad en tanto conduce a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o

---

(*) El artículo 36 indica: "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez** de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. || El **ingreso base para liquidar** la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE" (negrilla fuera del texto)

[60] Ibíd., ítems 4.3.5.7.1 y 4.3.5.7.3

debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas; e **(ii)** impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.

Así pues, la sentencia C-258 de 2013, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100. En esa medida, Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía 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, además, (v) es 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.

Las demás expresiones demandadas, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los servidores públicos a quienes les resultara aplicable, fueron declaradas exequibles, en el entendido que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo, (ii) 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, (iii) las reglas sobre el IBL 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, a partir del 1º de julio de 2013.

La Sala también decidió que, las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 demandado, con abuso del derecho o con fraude a la Ley, se debían revisar por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrían revocarlas o reliquidarlas, según correspondiera, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

3.2.3 Pronunciamiento del 7 de febrero de 2014[61]

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante esta sentencia, denegó el amparo solicitado por el ciudadano Miguel Santos García Ramírez, quien alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como Caprecom, incurrieron en una causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom.

En aquella decisión, la Sala de Revisión realizó un análisis sobre la interpretación constitucional que se ha hecho del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto concluyó que la Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL-.

En palabras de la Sala Segunda de Revisión:

---

[61] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 (07, febrero, 2014). Bogotá D.C.: Mauricio González Cuervo., ítem II

> En la sentencia C-258 de 2013, respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93, la Corte determinó que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100, en la medida que el beneficio otorgado, como se señaló en un principio, consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Situación distinta se presenta respecto del ingreso base de liquidación, puesto que este no fue un aspecto sometido a transición (*), como se deriva del tenor literal del artículo 36 de la Ley mencionada.[62]

Así mismo, agrega:

(*) "La Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión durante el último año contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100/93, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, a saber: "En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad." En ese orden de ideas, la Corte resolvió declarar inexequible la expresión cuestionada, condicionado el resto del precepto normativo, de conformidad con las siguientes conclusiones: "[e]n vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexequibilidad de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas."

[62] Ibíd., ítem 4.3.3

> De lo anterior, se puede colegir que esta Corporación al estudiar la constitucionalidad de la norma demandada en esa oportunidad (art. 17 Ley 4 de 1992), fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3°, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo; interpretación constitucional que no resulta ajena al presente caso, más aun, cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial del que era beneficiario el accionante, y del régimen de transición mencionado. [63]

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala comprobó que el actor era beneficiario del régimen de transición, y por ende, debía aplicarse los requisitos del régimen especial al cual pertenecía antes de la Ley 100. No obstante, afirmó que el ingreso base de liquidación debía ser el dispuesto en el régimen general.

De ese modo, la Sala de Revisión resaltó el hecho de que la Sala Plena de esta Corporación fijó un parámetro de interpretación del artículo 36 de la Ley 100, a través de la Sentencia C-258 que era relevante para el caso concreto, especialmente, en lo relacionado con la aplicación de la norma pertinente para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez. Por consiguiente, resolvió que:

> No se estructuró el defecto sustantivo alegado, por cuanto, la decisión de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- adoptada dentro del proceso laboral promovido por el actor en contra de Caprecom, no es contraria a la interpretación fijada por la jurisprudencia constitucional en lo relacionado con la norma que se debe tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, pues el alto tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral reconoció que los requisitos de edad, cotizaciones y monto de la pensión se deben regir por la norma especial que estaba vigente a la

[63] Ibíd., ítem 4.3.5

entrada en vigencia del régimen de transición, en tanto, el ingreso base de liquidación será el determinado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93.[64]

3.2.4 Pronunciamiento del 16 de octubre de 2014[65]

El señor Santos García, quien promovió el amparo de tutela que fue decidido mediante sentencia T-078 de 2014, presentó ante la Sala Plena solicitud de nulidad de la sentencia de tutela, invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional. El solicitante señaló que la Sala de Revisión había cambiado la jurisprudencia constitucional en vigor en lo relacionado con la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 en materia de la aplicación integral de los regímenes especiales y de transición, y conforme a ello, había desconocido el principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma pensional.

La Sala Plena al conocer dicha solicitud, decidió denegar la petición de nulidad, por cuanto consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente toda vez que no existía, antes de la Sentencia C-258 de 2013, un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición. En efecto advirtió que al no existir esta interpretación, se entendía que estaba permitida aquella que a la luz de la Constitución y la Ley, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada.

Aclaró que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013 y al resolver la solicitud de nulidad, concluyó lo siguiente:

---

[64] Ibíd., ítem 5.5.1

[65] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 326 (16, octubre, 2014). Bogotá D.C.: Mauricio González Cuervo., ítems I - IV

> Como se acaba de ver, es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutiva de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna.
>
> *3*.2.2.6. A partir de las anteriores razones, la Sala Plena considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de liquidación, sino que, por el contrario, siguió en estricto rigor la interpretación fijada por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y que establece, preciso es reiterarlo, que el monto y el ingreso base de liquidación se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93.[66]

De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de 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 solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.

[66] Ibídem., ítem II - 3.2.2.5- 3.2.2.6

3.2.5 Pronunciamiento de unificación del 15 de abril de 2015[67].

El actor señaló que su Empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, pues su pensión debía ser liquidada incluyendo todos los factores salariales del último año de cotización.

La Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, confirmo la sentencia de segunda instancia, que denegó la tutela interpuesta por el actor.

De la jurisprudencia antes transcrita se determina con claridad que, el monto y el Ingreso Base de Liquidación de quienes tienen derecho al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se calculan de forma distinta, en tanto el primero, se hace bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo; y el segundo, se efectúa siguiendo lo previsto por el artículo 36 de la citada Ley, por cuanto el referido régimen, solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye, el promedio de liquidación, por lo que el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

A esta conclusión se arriba de la lectura sistemática de las Sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015, pues en la primera se señala con claridad que *"el IBL no fue un aspecto sometido a transición como se aprecia claramente en el texto del artículo 36*"[68], lo que implica que se analizó la norma en abstracto y por si alguna duda quedara, en la segunda, se afirmó sin lugar a equívocos que,

[67] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-230. Óp., cit., ítems I - IV
[68] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258. Óp., cit., ítem IV- 4.3.5.7.1

> Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento **(i)** en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y **(ii)** en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.[69] (Subrayado fuera de texto)

Como se pudo estudiar la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-230 de 2015, no deja lugar a ninguna duda que el "IBL" de las pensiones que se deben reconocer con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, se deben liquidar con inciso tercero de su artículo 36 y con los factores salariales señalados taxativamente en el decreto 1158 de 1994, pues el legislador al insertar el inciso tercero en el régimen de transición previsto en el artículo 36, excluyo de la transición normativa el "IBL" ya que en el inciso Segundo del citado artículo, respeto la edad, las semanas cotizadas y el monto, para acceder a la pensión de jubilación de acuerdo a las normas que se encontraran vigentes con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema general en pensiones previsto en ésta Ley.

3.3 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado, ha emitido diversos pronunciamientos frente a la aplicación del régimen de transición en pensiones, contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que para el caso de estudio en lo que tiene que ver con la inclusión del ingreso base de liquidación "I.B.L.", como un elemento componente de la transición legislativa al concluir que el mismo está integrado dentro del concepto de "monto" previsto en el inciso 2 del

[69] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-230. Óp., cit., ítem III-3.2.2.2

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual el máximo tribunal de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha tenido desde el año 2000, una jurisprudencia pacífica y consolidada al respecto, de la siguiente manera:

3.3.1 Pronunciamiento del 21 de Septiembre de 2000

Mediante esta sentencia el Consejo de Estado por primera vez dijo que el monto para liquidar la pensión de las personas amparadas con el régimen de transición hacia parte el "I.B.L.", en los siguientes términos:

> Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con **el monto** de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la Ley 100. **Monto**, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta. Y **monta** es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).
>
> Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra **"monto"** que cuando la Ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas,** sino **la liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100.[70]

3.3.2 Pronunciamiento del 27 de marzo de 2008

Mediante esta sentencia, el Consejo de Estado reitera su jurisprudencia entorno a la

[70] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 470-99. Óp., cit., ítem III

aplicación del "IBL" de la pensión conforme a lo dispuesto en la normatividad anterior al referirse a la cuantía de la pensión, en los siguientes términos:

> Dicha Ley, en el artículo 36, estableció el llamado régimen de transición, el cual, según se ha dicho en reiteradas jurisprudencias, es el derecho que tiene la persona que cumple con los requisitos allí señalados a que el régimen pensional que se le aplique sea el que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley, régimen que comprende, tanto edad, como tiempo de servicio y cuantía.[71]

3.3.3 Pronunciamiento de unificación Jurisprudencial del 18 de febrero del año 2010

En esta sentencia, el Consejo de Estado unificó criterios en torno a la interpretación del régimen de transición, consolidando su propia jurisprudencia al respecto, convirtiéndose en la sentencia arquimédica que sería retomada y serviría de precedente jurisprudencial en la sentencia del 16 de febrero de 2016, en la cual el máximo tribunal de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se aparta de la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

> En síntesis, observa la Sala que el asunto en discusión se reduce a definir la forma de liquidación del derecho pensional de los empleados públicos inmersos dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tema que hasta el momento no ha encontrado una posición uniforme en cuanto a la interpretación de las reglas contenidas en el mencionado artículo, en principio por la ambigüedad y desafortunada redacción del mismo que literalmente implica para los beneficiarios del régimen de transición la aplicación del régimen pensional anterior únicamente en cuanto a la edad, el tiempo y el monto de la pensión, y un cálculo del Ingreso Base Liquidación de acuerdo a las reglas contenidas en el inciso 3° de dicho artículo, y además, por la incomprensión del alcance del derecho allí contenido.

---

[71] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Auto Rad 0099-07 (27, marzo, 2008). Bogotá D.C.: Alfonso Vargas Rincón.

(…)

De lo anterior se infiere el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición -particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.[72]

3.3.4 Pronunciamiento de unificación Jurisprudencial del 25 de Febrero de 2016

Mediante esta sentencia el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno a la no aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, respecto a integrar dentro de la transición legislativa el "I.B.L.", de las pensiones, conforme a la normatividad anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, veamos:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.[73]

---

[72] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 1020-08. Óp., cit., ítem IV- 2-2.1
[73] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 4683-2013. Óp., cit., ítem III

Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad en este caso, se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado *"asumirá la deuda pensional que esté a su cargo"*[74].

La interpretación propuesta por el Consejo de Estado, respecto al significado de monto al integrar dicho concepto con el de ingreso base de liquidación de las pensiones "I.B.L.", se extralimita en su labor interpretativa de la norma, pues el legislador en la Ley 100 de 1993 hizo claramente esta distinción, ya que definió que el monto es el porcentaje en el cual se reconoce la pensión es decir el 68%, 72%, etc, del "I.B.L" que se calcula sobre el ingreso base de cotización, que pude ser en salarios mínimos para los trabajadores del sector privado o <u>para el caso de los empleados oficiales de acuerdo a los factores salariales</u>.

Entonces, si el legislador hubiese querido darle a los beneficiarios del régimen de transición el mismo tratamiento que tradicionalmente se ha reservado para quienes tienen derechos adquiridos, tal y como insiste el alto tribunal, no existiría el inciso tercero del artículo 36 que se refiere puntualmente al ingreso base de liquidación para

[74] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 4683-13. Óp., cit., ítem V

calcular la pensión.

El Consejo de Estado, al proponer que los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a que se les aplique la totalidad del régimen anterior, refuerza su postura aceptando en principio la naturaleza distinta que tienen los derechos adquiridos y el régimen de transición, pero modulando, condicionando e inclusive limitando la aplicación del mandato textual que el legislador plasmó en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente en sus incisos segundo y tercero.

Para estos efectos, el máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, parte de reconocer que el régimen de transición limita sus beneficios a "edad, tiempo de servicio y monto", pero acompaña esta conclusión con una compleja argumentación para desestimar los efectos que tendría el inciso tercero del artículo 36.

Este reconocimiento de los beneficios limitados que genera el régimen de transición se pudo ver en los razonamientos expuestos en la sentencia del año 2010. Sin embargo y pese a tener definido el problema, tal y como se advirtió atrás, el Consejo de Estado promueve la aplicación parcial del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acogiendo sólo el inciso segundo y desconociendo el inciso tercero, donde el legislador luego de establecer los beneficios del régimen de transición, diferenció y definió un "ingreso base de liquidación" específico para los beneficiarios de este régimen, siendo innecesarias y extralimitadas las interpretaciones que han permitido que los destinatarios de la transición reciban el mismo trato que el legislador había reservado para quienes ya tenían los derechos adquiridos.

4. APROXIMACIÓN AL CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

Ahora bien, realizado el recuento histórico tanto jurisprudencial como normativo frente a la interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pasamos ahora al

análisis de las posibles implicaciones económicas y jurídicas en caso de que el Consejo de Estado continúe apartándose de la interpretación que se le ha dado a este articulo con la sentencia de unificación SU–230 de 2015 de la Corte Constitucional respeto a la exclusión del "IBL" para liquidar las pensiones amparadas por la transición normativa, ya que como veremos en este capítulo la labor interpretativa del Máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo es equivocada, pues desconoce el verdadero sentido de la Ley y se confunde el concepto de derecho adquiridos y meras expectativas.

Para llegar a la anterior conclusión estudiaremos el tema desde la óptica de la seguridad jurídica, el precedente jurisprudencial, la sentencia de unificación, la institución jurídica de la cosa juzgada, para finalmente contrastarlo con los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, para de esta manera proponer finalmente una solución teórica a este conflicto interpretativo.

4.1 RAZONES PARA CONSIDERAR QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL ACIERTA EN SU INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

La decisión del Consejo de Estado de apartarse de la Sentencia de Unificación SU-230 de 2015 del 29 de abril de 2015 que se fundamenta en lo señalado en la ratio decidendi de la Sentencia C-258 de 2013, atenta con la seguridad jurídica del país, pues desconoce que la misma constituye precedente de obligatorio acatamiento más aún si es de unificación jurisprudencial y al ser proferida por la Corte Constitucional a quien el Constituyente Primario le encomienda la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, obliga tanto a los administradores como a los servidores públicos, en consideración a que es dicha Corporación quien interpreta la Constitución con autoridad, para hacer efectivo su carácter de norma de normas y su supremacía normativa.

Ahora bien, según lo manifestado por el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia C-816 de 2011[75], al analizar la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que habla de la obligación de las entidades estatales de cumplir lo dispuesto en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido que se aplicarán de manera preferente las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional.

Según el fallo, cuando las autoridades administrativas extiendan los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado a terceros e interpreten las normas constitucionales que fundamentan sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional.

Con este pronunciamiento, el alto tribunal condicionó la exequibilidad del primer inciso del artículo 102 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, que se refiere a la extensión de dichas sentencias.
La Corte explicó que el concepto de imperio de la Ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, según el artículo 230 de la Constitución, se refiere a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.

Por lo tanto, advirtió esta corporación que limitar dicha fuerza vinculante a las sentencias que se dicten en materia ordinaria o contencioso administrativa configura una omisión legislativa.

Sin embargo, los Jueces y Magistrados de la jurisdicción contencioso administrativa no acogen la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, argumentando que su órgano de cierre es el Consejo de Estado, y no el Tribunal Constitucional, generando así un choque de trenes, desconociendo que la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

[75] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816 (01, noviembre, 2011). Bogotá D.C.: Mauricio González Cuervo., ítem II

es de obligatorio cumplimiento. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y por tanto, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y los particulares cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta.

Todo ello atendiendo a que las normas de cualquier tipo deben estar sujetas y respetar las normas de tipo constitucional, guardando la armonía del sistema jurídico, lo cual implica el respeto por la seguridad jurídica que deben tener los asociados.

Así las cosas, es válido y pertinente, acoger la Jurisprudencia de esta alta Corporación y apartarse del precedente del Consejo de Estado en relación a la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por los pronunciamiento interpretativos que ha realizado la Corte Constitucional y porque la figura de la extensión de jurisprudencia que trajo como novedad el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla la posibilidad de apartarse de la misma, siempre y cuando no se den los presupuestos para ello o incluso cuando se considere que la interpretación es errada.

No hay que olvidar que históricamente nuestro ordenamiento jurídico se ha visto influenciado por el Sistema Romano Germánico o Sistema Continental, donde la Jurisprudencia ocupa un papel secundario o auxiliar a la hora en la cual los jueces toman sus decisiones, pues la Ley se erige como la principal fuente del Derecho. No obstante y con el paso del tiempo, especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, junto con la creación de la Corte Constitucional, el tradicional Sistema Romano Germánico ha presentado una evolución que lo aproxima, en algunas de sus características, al sistema del Common Law, de origen anglosajón, características que hacen referencia sin lugar a dudas al precedente como fuerza vinculante para las autoridades, por lo que hoy en día tenemos un derecho en el que se deben respetar las sentencias de unificación de la Corte Constitucional sobre las demás interpretaciones que

se hagan de la misma materia por otras autoridad judiciales.

Lo anterior, lo ha venido estudiando la Corte Constitucional desde su nacimiento, como en la sentencia C-104 de 1993[76], donde sostuvo que la diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional, es que las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad (art. 175 del Código Contencioso Administrativo), tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes; de manera que la Jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, constituyendo solo un criterio auxiliar, mientras que la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional de allí obligatoria hacia el futuro.

Un momento crucial en la tesis sobre el precedente judicial en Colombia, fue la expedición de la Sentencia de unificación No. SU-047 de 1999[77] proferida por la Corte Constitucional con ponencia de los doctores Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, donde además de explicarse el concepto de precedente Jurisprudencial y alcance del mismo se diferenció entre la parte resolutiva, llamada a veces "decisum", la "ratio decidendi" (razón de la decisión) y los "obiter dicta" (dichos al pasar), al respecto se manifestó:

> Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de

[76] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 (11, marzo, 1993). Bogotá D.C.: Alejandro Martínez Caballero., ítem II

[77] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 (11, agosto, 1999). Bogotá D.C.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, ítem IV- 46

> otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.
>
> (…)
>
> Por ende, la existencia de una "ratio decidendi" en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.[78]

Ahora bien, en cuanto al precedente jurisprudencial en concreto manifestó:

> Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad

[78] Ibíd., ítem IV-50

> judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.[79]

De lo anterior se infiere que las Altas Cortes deben ser consistentes con sus decisiones pasadas, sin embargo en determinadas situaciones es posible que se aparten de ellas, por razones de igualdad y seguridad jurídica, cambios que sólo pueden realizarse por la corporación judicial que previamente había formulado el precedente, de allí que se sostenga que la variación de una jurisprudencia o una doctrina constitucional debe ser cuidadosamente evaluada por los jueces. En la Sentencia No. C-400 de 1998, se expusieron los requisitos que deben cumplirse para la existencia de un cambio Jurisprudencial Legítimo:

> En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.[80]

---

[79] Ibíd., ítem IV-43

[80] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 (10, agosto, 1998). Bogotá D.C.: Alejandro

El Consejo de Estado en Sentencia del 29 de noviembre de 2004, señaló en relación con el precedente jurisprudencial lo siguiente:

> En el Derecho Colombiano la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar para el administrador de justicia, de invaluable apoyo para la actividad judicial (art. 230 Carta Política), sin que sea viable entender que existiendo precedente jurisprudencial, ello constituya fuente formal o material de Ley o del derecho positivo. Son muchos los casos históricos en los cuales una posición jurisprudencial ha sido variada, al considerarse que el cambio responde en mejor forma a los principios del derecho y a los deberes del juez en pro de la justicia. [81]

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista, tal como ya se dijo, que el sistema jurídico colombiano es de origen Romano – Germánico, lo que obliga al operador judicial a basar sus decisiones en la Ley, es decir, todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

De lo anterior se deduce que, el Consejo de Estado al abstenerse de aplicar la ley en forma taxativa, tal como fue expresada por el legislador ha incurrido en una aplicación indebida de la misma, generando así sentencias ilegales y hasta inconstitucionales, que pueden ser objeto de control jurisdiccional por vía de tutela, teniendo en cuenta además las consideraciones que se exponen a continuación.

Otro argumento válido a tener en cuenta es el de la aplicación de la figura de la cosa juzgada en los procesos contenciosos donde se debate el tema en cuestión.

Para abordar el tema de la cosa juzgada frente a la fuerza vinculante de las jurisprudencias de unificación del Consejo de Estado dentro de las fuentes del derecho administrativo,

---

Martínez Caballero., ítem VII-57

[81] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 3. Sentencia Rad 14774 (29, noviembre, 2004). Bogotá D.C.: María Elena Giraldo., ítem IV-A

debe decirse que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional hacen la definición del concepto de cosa juzgada, para luego continuar con el estudio de la Jurisprudencia de Unificación del Consejo de Estado y así determinar la fuerza vinculante que tiene dentro del ordenamiento jurídico, para lo cual se toma el caso concreto de la sentencia que unificó criterio en torno a la liquidación de la pensión de jubilación de las personas a quienes se les aplique la Ley 33 de 1985[82], en la cual se concluyó que los factores salariales enlistados en ésta Ley no son taxativos sino que son meramente enunciativos por lo cual permite la inclusión de otros conceptos que se subsuman dentro del concepto de salario y que hayan sido devengados por el trabajador dentro del último año de servicios.[83]

Lo anterior si se tiene en cuenta que antes de esta jurisprudencia de unificación los Juzgados, Tribunales y el mismo Consejo de Estado, en algunos fallos decían que estos factores salariales enlistados en ésta Ley eran taxativos, otros decían que no lo eran y finalmente había otros que decían que se debían tener en cuenta para liquidar estas pensiones los factores salariales sobre los cuales se hubieran hecho descuentos para pensión, por lo cual algunos pensionados que ya habían demandado con anterioridad la reliquidación de su pensión y que les habían negado la inclusión de los factores salariales de primas de servicios, vacaciones y navidad, decidieron demandar nuevamente y se encontraron que les estaban decretando la cosa juzgada a pesar de que había agotado nuevamente la reclamación administrativa, esta vez solicitado la aplicación de la jurisprudencia de unificación ya citada.

En éste caso se puede evidenciar un problema frente a la violación de la seguridad jurídica, pues para casos ya fallados y en firme, se pueden revivir las controversias sin que exista cosa juzgada a la luz de la nueva jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado. Así lo estudio el Consejo de Estado al decidir una tutela por la presunta vulneración de los derechos a la seguridad social, al debido proceso y a la igualdad en que incurrió el Tribunal

[82] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 33 (29, enero, 1985). Óp., cit.

[83] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0112-09. Óp., cit.

Administrativo de Cundinamarca, al confirmar una sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada[84].

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo estudió el fenómeno de la cosa juzgado manifestando qué según prevén los artículos 175 del Código Contencioso Administrativo y 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos, a saber: 1) Que ambos procesos versen sobre el mismo objeto, 2) Que tengan la misma causa y 3) Que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

También en la referida sentencia de tutela el Consejo de Estado citó el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la cual definió que el fenómeno de la cosa juzgada es una:

> Institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, que tiene como función negativa prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.[85]

Al respecto, en ésta misma sentencia, la Corte Constitucional estableció en qué casos se presenta la cosa juzgada al decir, que se requiere:

> **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias

---

[84] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 1. Sentencia de Tutela Rad. 2012-00017-00 (23, mayo, 2013). Bogotá D.C.: C.P. María Elizabeth García González.

[85] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 (25, julio, 2001). Bogotá D.C.: Rodrigo Escobar Gil., ítem Preámbulo.

cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- **Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.[86]

Entonces, el Consejo de Estado concluyó que en el caso bajo su estudio no se había configurado el fenómeno de la cosa juzgada, ya que no se había cumplido con el requisito de identidad de causa, sustentado lo dicho en los siguientes términos:

> Sin embargo, el requisito de identidad de causa no se cumple, toda vez que las razones que tuvo la actora inicialmente para presentar la demanda que fue resuelta negativamente por el Tribunal dentro del expediente núm. 2006-0326, son diferentes a los argumentos que ahora sustentan la presentada dentro del expediente núm. 2011-00459 objeto de estudio. Tal diferencia se evidencia en que en la demanda promovida en el primer proceso relaciona como hechos: que el FOMAG, por Resolución 04922 de 27 de diciembre de 2004 le reconoció y pagó pensión de jubilación; que al no incluirle la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio solicitó la reliquidación; que como respuesta a su solicitud el FOMAG expidió la Resolución núm. 02794 de 10 de octubre de 2005, reajustando parcialmente la mesada pero desconociendo otros factores salariales a que tiene derecho por Ley; mientras que en el segundo proceso, expone como hechos relevantes, que al solicitar nuevamente la reliquidación de su pensión de jubilación, el FOMAG respondió por Oficio núm. S-

[86] Ídem., ítem VI - 3.1

2011-063896 de 28 de abril de 2011 que la Resolución por la cual le había reconocido y ordenado el pagó de su pensión de jubilación se encontraba ajustada a derecho, pese a que la Sección Segunda del Consejo de Estado había proferido una providencia que unifica criterios en materia de reliquidación pensional, cuya observancia es obligatoria para las Autoridades Judiciales accionadas.

En síntesis, las circunstancias que dieron lugar a la interposición de la segunda demanda son distintas a la presentada en el primer expediente, pues pese a existir hechos similares, las razones por las cuales se interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio núm.-S- 2011–063896 difieren de la presentada con anterioridad.

En efecto, al no existir identidad en la causa no se configura el fenómeno de la cosa juzgada, indispensable para afirmar que existe un providencia judicial anterior en la que hay identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa que permita ahora a las accionadas obviar un pronunciamiento de fondo sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta contra el Oficio núm. S-2011-063896, que contiene nuevos hechos que la sustentan, como es la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Para adoptar las decisiones que vulneran los derechos fundamentales anotados, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá en la sentencia de 11 de abril de 2012 consideró que "hay identidad de causa en el proceso en estudio y el proceso anterior ya fallado, ambos tienen como causa la nulidad de actos administrativos que le han negado a la accionante el reconocimiento de la pensión con los factores devengados a la adquisición del status jurídico, como son la prima de alimentación, prima de habitación, prima de navidad y prima de vacaciones. [87]

De igual manera, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, sostuvo en su fallo de 16 de agosto de 2012 que:

---

[87] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 1. Sentencia de Tutela Rad. 2012-00017-00 (23, mayo, 2013). Bogotá D.C.: C.P. María Elizabeth García González.

> Sobre este tópico en la demanda que se estudia se argumenta el derecho que tiene la demandante a que se reliquide y pague su pensión con la inclusión de los mismos factores salariales, es decir, asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de habitación, prima de vacaciones y prima de navidad, en este sentido, es evidente que el supuesto de hecho guarda una verdadera identidad con el expuesto en precedencia, ya que no es otro que el referido a que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de dicha reliquidación. De lo anterior surge claramente la identidad que guardan ambas demandas al respecto de los mismos hechos o fundamentos.
>
> En este orden de ideas, la Sala encuentra que en el presente caso se configura un defecto sustantivo o material que afecta los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la Administración de Justicia de la accionante, razón por la cual se ampararan estos derechos y se ordenará dejar sin efectos la providencia dictada el 16 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, a fin de que emita una sentencia de reemplazo en la que decida de fondo el asunto sometido a su consideración, concretamente, en lo que respecta a la sentencia de unificación, cuyos efectos pretende la actora le sean aplicados.[88]

Como se pudo ver, la fuerza vinculante de una Jurisprudencia de Unificación del Consejo de Estado, habilita a las personas que hayan demandado con anterioridad sobre un tema que no se hubiese sido unificado el criterio para decidir y que por tal razón le hubieran negado las pretensiones de la demanda y que con el criterio ya unificado de la Jurisprudencia se debe reconocer, pueden volver a demandar.

Si en el trámite de la demanda decretan la excepción de cosa juzgada, pueden pedir mediante el amparo de tutela se tutele el derecho a la igualdad, pues el operador jurídico de la norma al resolver el caso concreto debe aplicar el nuevo criterio unificado que se hubiese

[88] COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN 2. Sentencia (16, agosto, 2012). Bogotá D.C.

adoptado por el Consejo de Estado, así ya se hubiese demandado en un proceso anterior por los mismos hechos y derechos, pues no se configura el fenómeno de la cosa juzgada al no existir identidad de causa ya que la Jurisprudencia de Unificación del Consejo de Estado obliga al juez estudiar nuevamente el caso pero esta vez aplicando la jurisprudencia de unificación, afectándose de esta manera la seguridad jurídica al desconocerse este precepto. En este punto es posible hablar de las afectaciones económicas que trae consigo la aplicación de la tesis adoptada por el Consejo de Estado. Lo anterior bajo la mirada de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal.

Estos dos principios son fundamentales para la estabilidad y supervivencia del sistema pensional colombiano, ya que su principal fin es asegurar la prestación del servicio de seguro pensional a los ciudadanos en el futuro a corto plazo y a largo plazo.

El artículo 48 de la Constitución Política dispone para el sistema de seguridad social, incluyendo el subsistema de pensiones, la aplicación del principio de solidaridad y la garantía de su sostenibilidad fiscal[89], lo cual supone entre otros aspectos una reciprocidad entre los factores sobre los cuales se aporta para pensiones y los factores sobre los cuales se deben liquidar dichas prestaciones (*). Sin embargo, éste principio y ésta garantía se ven lesionados por la renuencia del Consejo de Estado de aplicar la sentencia de unificación SU-230 de 2015, de la Corte Constitucional ya que los empleadores del sector público para aportar para pensión se deben limitar a los factores señalados por el Legislador y el Gobierno (**), sabiendo que con posterioridad sus trabajadores podrán exigir, en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado[90], la liquidación de sus

[89] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 03 (01, julio, 2011). Por el cual se establece el principio de la Sostenibilidad Fiscal. Bogotá D.C: Diario Oficial 451. Art. 1

(*) "Este mandato de reciprocidad tiene hoy día en Colombia rango constitucional, cuando el inciso 12 del artículo 48 señala que: "para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones."

(**) El Artículo 6º (modificado por el Decreto 1158 de 1994, publicado en el Diario Oficial No 41383 del 8 de junio de 1994): "BASE DE COTIZACIÓN. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo,

pensiones con todos los factores devengados así sobre ellos no se hayan efectuado los correspondientes aportes.

El conflicto interpretativo que tiene las altas cortes colombianas frente a la inclusión o no del IBL en la transición de la Ley 100 de 1993, como se explicó anteriormente, además de afectar la seguridad jurídica, también afecta los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, ya que la interpretación que del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, hace el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ordena reconocer pensiones incluyendo factores que ni siquiera fueron sugeridos por el legislador.

En este orden de ideas, se debe observar que la sostenibilidad y permanencia del régimen de prima media con prestación definida depende en gran medida de la decisión que tome la Corte Constitucional, de hacer respetar su jurisprudencia de unificación, ya que hasta el momento no ha llegado en sede de revisión de tutelas que se han interpuesto en contra de los fallos del Consejo de Estado que se han apartado de la sentencia SU-230 de 2015, éste modelo de solidaridad intergeneracional se vería aún más afectado cuando no se respeta el equilibrio que, conforme a la Ley y a la misma Constitución, debe existir entre aportes y pensiones.

El Acto Legislativo número 1 de 2005, al adicionar el artículo 48 constitucional que regula la seguridad social en nuestro país, dispuso un mandato imperativo concordante con los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal según el cual: *"para la liquidación*

---

estará constituido por los siguientes factores:

a. La asignación básica mensual
b. Los gastos de representación
c. La prima técnica cuando sea factor de salario
d. Las primas de antigüedad ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario
e. La remuneración por trabajo dominical o festivo
f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras
g. La remuneración por servicios prestados."

[90] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0112-08. Óp., cit.

de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"[91].

De lo ampliamente expuesto, resulta claro que la postura asumida por el Consejo de Estado desconoce abiertamente este precepto constitucional, ya que tal y como se ha reseñado estas normas si bien limitan la gestión de los empleadores públicos a la hora de efectuar los descuentos para pensión, pueden ser inaplicadas a la hora de liquidar las pensiones, generando un desconocimiento del inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política, en la medida que los factores utilizados para liquidar las pensiones serán siempre mayores en cantidad a los que sirvieron de base para efectuar las cotizaciones, generando como ya se dijo en líneas anteriores, sentencias ilegales e inconstitucionales que deben ser objeto de control jurisdiccional.

La paradoja en que se encuentra la administración pública que por un lado le ordena descontar sobre unos factores salariales a sus empleados como lo establece el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 y que por otro lado al mismo tiempo le ordena a las administradoras de pensiones conceder pensiones a los ex empleados públicos con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, según la jurisprudencia unificación del 4 de agosto de 2010, del Consejo de Estado, se continuara desequilibrando el sistema de seguridad social, ya que los aportes o cotizaciones a los tres subsistemas (salud, pensiones y riesgos) se continuarán haciendo no sobre la totalidad de factores salariales que si se tendrán en cuenta para liquidar las pensiones.

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

---

[91] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 (25, julio, 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial 45980. Bogotá D.C., 2005. Art 1

4.2 INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 EN SEDE DE TUTELA.

Finalmente, como se sugirió en líneas anteriores, lo procedente entonces es el control de las decisiones del Consejo de Estado por vía de tutela y así lograr el equilibrio de los principios ya mencionados, por lo que vamos a hacer énfasis en la postura de la Corte Constitucional en sede de tutela sobre el tema objeto de debate.

Como se demostró en el segundo capítulo, esta corporación ha mantenido su postura respecto del Ingreso Base de Liquidación como elemento del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dicha postura sostiene, que este elemento no hace parte de dicho régimen y por tanto, las pensiones reconocidas con base en la transición normativa debían liquidarse teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio tal como lo establece el artículo 21 ibídem.

En sede de tutela, la tesis se ha mantenido. Lo anterior puede observarse, por ejemplo, en la Sentencia T-078 de 2014, en la cual se dijo:

> Al estudiar el régimen de transición establecido en la Ley 100 -para efectos de determinar la constitucionalidad de la parte demandada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992-, en síntesis, estableció que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial – en ese caso la Ley 4 de 1992- **mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y en sujeción a lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100/93. En otros términos, la Sala Plena de esta Corporación fijó un parámetro de interpretación del artículo 36 de la Ley 100, que es relevante para el caso concreto, especialmente, en lo relacionado con la aplicación de la norma pertinente para**

> **establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez**.[92] (Negrillas Fuera del Texto Original)

De esa forma, la Corte Constitucional, aún en vía de tutela, reafirmó su interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 teniendo como vértice la sentencia C-258 de 2013, indicando que el modo de promediar el ingreso base de liquidación para las pensiones liquidadas con el régimen de transición no puede ser el estipulado en la legislación anterior, pues éste solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos, valga decir, el señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Sin mayores elucubraciones, se concluye que la tesis de la Corte Constitucional, aun bajo la mirada de la acción de tutela, es la misma que la asumida en sentencias de constitucionalidad y la misma sostenida por la Corte Suprema de Justicia, en el entendido de que el Indicé Base de Liquidación no hace parte del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100.

Hablando de acción de tutela, La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social, promovió acción de tutela contra el Consejo de Estado- Sección Segunda, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección “C”, por cuanto; consideró que las autoridades judiciales en las sentencias del 24 de septiembre de 2013 y 25 de febrero de 2016, incurrieron en indebida aplicación de la Ley 33 de 1985, dado que a su juicio la ley aplicable al caso concreto era la Ley 100 de 1993. Que también incurrieron en defecto sustantivo, por desconocimiento de precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU 230 de 2015, en cuanto fijó las directrices claras respecto del IBL y la inclusión de factores salariales aplicables en el régimen de transición.

---

[92] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078. Óp., cit., ítem II -5.4.2

La acción de tutela fue conocida en primera instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, autoridad que mediante la sentencia del 13 de octubre de 2016, negó las pretensiones de la demanda de acción de tutela, decisión que fue objeto de recurso de impugnación y en segunda instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 15 de diciembre de 2016[93], protegió los derechos fundamentales del debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, en favor de la Unidad administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social, ordenando a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esa providencia. En esta oportunidad, adujo:

> La posición reiterada de esta Sala en relación al tema de discusión, es que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 al resto de los regímenes especiales de pensión, que consiste en que el ingreso base de liquidación -IBL no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla jurisprudencial creada en la sentencia C-258 de 2013, la cual se hizo obligatoria para todas las autoridades judiciales y administrativas a partir de la publicación de la sentencia SU 230 de 2015
>
> (…)
>
> Luego, si bien es claro que a partir de la SU-230 de 2015 corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independiente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 4.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258-13, también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción, no cumplió con lo dispuesto en la referida sentencia SU. Ahora bien, respecto del precedente como

[93] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 5. Sentencia Rad 2088487 (15, diciembre, 2016). Bogotá D.C.: Lucy Jeannette Bermúdez

criterio de la labor judicial y la fuerza vinculante y excluyente del que fija la Corte Constitucional, se tiene que las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-085 de 1995 son un criterio vinculante de la labor judicial.

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto genera lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene fuerza vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

(…)

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

En el sentido descrito, el precedente de la Corte Constitucional es de inmediata aplicación, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha

> **Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.**[94] (Negrillas Fuera del Texto Original)

Sin embargo, la misma Sección quinta en providencia más reciente, al resolver una acción interpuesta por la señora Martha Benavides Noguera contra el Juzgado 5° Administrativo del Circuito Judicial de Pasto y la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, amparó los derechos invocados por la accionante al considerar que la negativa de reliquidar su pensión de jubilación no se ajustaba a los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Al respecto indicó:

> Por tanto, para la fecha de expedición de las aludidas decisiones el criterio que imperaba respecto del IBL como aspecto cobijado por el régimen de transición correspondía al trazado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el cual fue interpretado de forma diferente por la Corte Constitucional mediante un examen de constitucionalidad que, luego, hizo extensivo a todos los regímenes con la sentencia SU- 230 de 2015.
>
> (…)
>
> De otra parte, la Sala no puede ignorar que es la misma Constitución Política en su artículo 48 la que establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.
>
> Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU–230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el

[94] Ibíd., ítem II- 4

> derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010"[95].

Con este criterio, concluye la sección quinta que el precedente jurisprudencial no es retroactivo, por lo que no puede aplicarse el mismo a decisiones tomadas por el juez ordinario con anterioridad, por lo que mantiene la aplicación del precedente sentado por la Sección Segunda de esa corporación.

Entonces, aun cuando la postura de la corporación que es guarda de la constitución, es clara inclusive en sede de revisión de tutela, no compartimos la posición asumida por el Consejo de Estado de incluir el IBL en el régimen de transición, aun después de una larga discusión al respecto que en la mayoría de los casos ha terminado con la misma conclusión: el IBL no hace parte del régimen de transición; discusión que ni siquiera es clara inclusive dentro del mismo Consejo de Estado, pues como ya se demostró, su postura siempre ha sido variante respecto del tema que hoy se debate.

4.3 ALCANCE DE LA ADOPCIÓN POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO SI ACOGIERA LA TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Durante el desarrollo del presente trabajo se ha insistido en las diferentes posiciones existentes entre las dos altas Corporaciones, la Corte Constitucional y el Consejo de estado respecto de la interpretación del artículo 36 al momento de liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición del sector público, la postura que defendimos como acertada fue la de la Corte Constitucional, no obstante lo anterior más allá de tomar un punto de vista, se hace necesario visualizar el panorama y establecer las implicaciones que dicha posición generaría si el Consejo de estado acogiera como suya la posición de la Corte Constitucional.

---

[95] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 5. Sentencia Rad 03366-01 (23, marzo, 2017). Bogotá D.C: Carlos Enrique Moreno Rubio

En primer lugar la implicación más relevante y que genero toda la disparidad de criterios se centra en la implicación de orden económico, pues la liquidación de las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición con aplicación de la ley 100 en lo que respecta al IBL, a las personas próximas a pensionarse genera que única y exclusivamente se les tenga en cuenta los factores salariales contenidos en la ley 100 de 1993 y los factores salariales del decreto 1158 de 1994, lo cual resulta desproporcional si se hiciere con la totalidad de los factores salariales devengados dúrate el último año de servicios, teniendo en cuenta lo anterior la liquidación de la pensión resulta palpablemente más alta y favorecedora para los beneficiarios de este régimen, de conformidad con lo antes expuesto si el Consejo de Estado asumiera la posición de la Corte Constitucional y concibiera que el IBL no fue un aspecto sujeto a la transición, el Estado podría cumplir los principios de solidaridad, que rige las pensiones, equilibrio financiero e igualdad.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que al tomar la posición de la Corte Constitucional por parte del Consejo de Estado, no solamente se evidenciarían efectos de orden económico pues el debate se abriría desde otros aspectos, ya que no se puede pasar por alto que desde el año 2010, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha venido dando aplicación a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-7500 M.P Víctor Hernando Alvarado Ardila, ordenado la reliquidación de la pensiones los beneficiarios del régimen de transición del sector público con la inclusión de todos los factores salariales en el último año de servicios, sin embargo desde que se asumió esta postura han transcurrido 7 años, periodo en el cual muchos pensionados has elevado el valor su mesada pensional, lo que implica necesariamente que las entidades encargadas de hacer los reconocimientos pensionales, iniciaran demandas contra los pensionados a quienes se les re liquido la pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales en el último año de servicio, para de esta manera disminuir su mesada y limitarla única y exclusivamente en el sentido de disponer la reliquidación de las mesadas pensionales sólo frente a aquellos factores que se encuentran previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales efectivamente el pensionado efectivamente cotizó.

Lo anterior se haría eventualmente con demandas de lesividad, lo cual genera un impacto social pues una vez reconocido un derecho donde se elevó la cuantía pensional para disminuirla, resultaría inequitativa e injusto para quienes adquirieron este derecho de forma legal mediante fallo judicial, lo anterior necesariamente nos remite a analizar el concepto de seguridad jurídica en Colombia, pues precisamente, es por esta figura que actualmente nos encontramos frente al dilema que nos ocupa el presente trabajo, pues no se puede pasar por alto que fue el mismo Concejo de estado quien en primera instancia negaba la inclusión factores salariales diferentes a los contenidos en la normatividad aplicable, argumentando que los factores salariales devengados por los trabajadores eran taxativos, de forma posterior cambia su posición para determinar que no son taxativos sino meramente enunciativos, constituyendo salario todo lo que devengue el trabajador de forma periódica y que retribuya directamente el servicio, así las cosas y la falta de una postura unificada y definitiva en este sentido, ocasiono que la gran mayoría de los pensionados interpusieran demandas para buscar la reliquidación de su mesada pensional inclusive cuando ya había sido su negado su derecho por vía judicial por las razones antes expuestas, a quienes se les accedió al derecho cimentando su cambio de posición en que el derecho es cambiante de conformidad al momento social y las circunstancias específicas para cada caso.

Teniendo en cuenta lo anterior si el Consejo de Estado cambiara nuevamente su posición bien sea porque así lo determine la Corte Constitucional, o porque de forma unilateral establezca que el IBL no fue un aspecto sujeto a la transición, esto ocasionaría como ya se mencionó un impacto social que de alguna manera trasgrediría los derechos de aquellos pensionados a quienes se les re liquidó su pensión, con fundamento a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, lo cual fue valido y legal en su momento, ahora bien, que de forma posterior se vea perjudicada su mesada por una nueva decisión de la Alta Corporación, afectaría sus intereses económicos de forma ostensible, no obstante lo anterior se deberán ponderar los derechos de los pensionados frente a las demás personas y frente a los principios establecidos en la ley 100 de 1993, contenidos en el artículo 2 que al tenor literal señala:

“LEY 100 DE 1993. ARTICULO. 2º- Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables; d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley; e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

PARAGRAFO.-La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.”

Así las cosas, pese a que un nuevo cambio de postura del Consejo de Estado, beneficiaria al Sistema Pensional, lo cierto es que se abriría una nueva discusión de aquellas personas que se vieran afectadas, lo cual desencadenaría necesariamente un nuevo pronunciamiento de tipo Constitucional, para determinar si los cambios de posición en las Altas Corporaciones, en sus diferentes pronunciamientos, afectarían derechos fundamentales particulares que se enfrentarían a derechos de orden colectivo, pues es bien sabido el sistema general de pensiones en Colombia tiene baja cobertura, es desigual e insostenible socialmente, razón suficiente para debatir con argumentos sólidos la necesidad del cambio de posición que debe tener el Consejo de Estado, pues beneficiaría a toda una población que pretenda aspirar a su derecho pensional y de igual manera poder equilibrar la sostenibilidad fiscal.

No debe perderse de vista, que si eventualmente las entidades encargadas de reconocimientos pensionales, iniciaran acciones de lesividad en contra de aquellos pensionados a quienes se les re liquidó su pensión en razón a los fallos judiciales con fundamento en la sentencia de unificación Sentencia de Unificación del Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, esto por sí solo no garantizaría la devolución de las mesadas obtenidas mediante fallos judiciales pero si cesaría el pago de las mesadas de forma sucesiva lo cual evitaría la fuga de recursos que serán los utilizados para financiar las pensiones futuras.

Por último, debe plasmarse la preocupación existente en el Sistema Jurídico Colombiano donde no hay unificación de criterios en las diferentes Corporaciones e inclusive, dentro de las mismas salas de una corporación no existe UNANIMIDAD, lo cual crea la inseguridad jurídica, pues los cambios de posición resultan viables, sin visualizar lo que esto conlleva y el impacto social que inevitablemente arrastra y que se ha presentado en diferentes temas especialmente en el Concejo de Estado, afectando directamente a los ciudadanos quienes depositan su confianza en los órganos estatales para resolver sus conflictos.

En Colombia los cambios de postura han sido reiterativos, afectando de forma directa a la población quienes se ven sometidos a los diferentes cambios jurisprudenciales,

dependiendo la época y circunstancias en las que se encuentren para el momento de hacer efectivo su derecho, sin que exista una garantía, para que sus derechos sean inmutables, contrario sensu dependiendo los diferentes cambios jurisprudenciales, los ciudadanos están expuestos a cambios que pueden alterar derechos que ya han sido amparados inclusive por vía judicial.

CONCLUSIONES

Se evidencia de forma concisa que existe disparidad de criterios entre las altas cortes lo cual genera inseguridad jurídica y perjudica altamente tanto a beneficiarios de la pensión como a las entidades que deben reconocer esta prestación. No obstante lo anterior, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, se debe acoger a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en relación a que unifico el criterio del entendimiento que se le debe dar al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

De este modo, nada obsta para que los jueces y magistrados de la jurisdicción contencioso administrativo acojan los criterios expuestos en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, en el sentido de disponer la reliquidación de las mesadas pensionales sólo frente a los factores salariales que efectivamente cotizó el ex servidor público.

Ahora, la aplicación preferente de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional se abre paso, con mayor razón, cuando frente al tema del IBL existen criterios dispares como ya vimos entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral. En efecto, mientras el Consejo de Estado Sección Segunda, aboga por la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- sostiene que en el Régimen de Transición el IBL se calcula con base en la Ley 100 de 1993, a voces del Art. 36 y concordantes (regla general - promedio de los últimos diez años).

Si se acoge la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional, se evita que se sigan presentando casos que atentan contra la seguridad jurídica, ya que como se vio con la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, habilita a las

personas que hayan demandado con anterioridad, para que vuelvan a demandar por los mismos hechos y derechos, sin que exista cosa juzgada, lo cual no hubiese ocurrido en caso de que el Consejo de Estado hubiera preferido la aplicación taxativa de la norma sin realizar las interpretaciones que llevaron a generar el conflicto interpretativo que hoy se debate en este trabajo.

Nótese que en la providencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional emite un imperativo, que como tal es de ineludible cumplimiento, cuyo fundamento radica en la aplicación de un criterio general, consistente en que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados. Y tal criterio, encuentra asidero en los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral (*), que sirvieron de fundamento para la Corte Constitucional, para emitir su decisión.

De esta forma, se debe estimar que el criterio jurisprudencial expuesto debe ser aplicado a aquellos casos en los cuales se discuta el monto pensional de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, como quiera que lo que se procura, es velar por la sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral, aplicando una

---

(*) LEY 100 DE 1993. ARTICULO. 2º- Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.
Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables; d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley; e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.
PARAGRAFO.-La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.

regla común, sin distinción o excepción alguna, en donde el monto de la pensión corresponderá a lo que efectivamente se aportó al sistema.

Ahora bien, no se desconoce que el pronunciamiento de la Corte Constitucional C-258 de 2013, alude particularmente a las pensiones "más altas" y más específicamente, a las percibidas por Congresistas y Magistrados de Altas Corporaciones. No obstante, ello no impide que sus efectos se extiendan a otros casos, en tanto consultando al espíritu de las normas que le sirvieron de fundamento, así como a los principios generales antes citados, es preciso adoptar medidas encaminadas a salvaguardar los recursos que serán a la postre los empleados para el reconocimiento y pago de las pensiones, siendo lo más equitativo, reconocer el monto de la pensión en proporción directa a lo real y efectivamente cotizado por el trabajador.

Teniendo en cuenta la postura de la Corte Constitucional, la acción de tutela se convertiría en el medio idóneo para restablecer las pensiones reliquidadas con la postura del Consejo de Estado, y así dar aplicación al régimen de transición de la Ley 100, excluyendo el IBL del mismo, incluyendo el contemplado en el artículo 21 ibídem.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. NORMAS

COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES. Acuerdo 049/1990. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 33 (29, enero, 1985). 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 36856. Bogotá D.C., 1985.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41.148. Bogotá D.C., 1993.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 (25, julio, 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial 45980. Bogotá D.C., 2005.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial 47956. Bogotá D.C., 2011

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 (01, julio, 2011). Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal. Diario Oficial 48117. Bogotá D.C., 2011.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991

COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Decreto 758 (11, abril, 1990). Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios**.** Diario Oficial 39303. Bogotá D.C., 1990

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1158 (3, junio, 1994). Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994**.** Diario Oficial 4183. Bogotá D.C., 1994

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Concepto 5408 (31, julio, 2012). Bogotá D.C.

b. JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 470-99 (21, septiembre, 2000). Bogotá D.C.: Nicolás Pájaro Peñaranda

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 5884-03 (28, octubre, 2004). Bogotá D.C.: Tarsicio Cáceres Toro.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 3. Sentencia Rad 14774 (29, noviembre, 2004). Bogotá D.C.: María Elena Giraldo

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 2812-05 (22, febrero, 2007). Bogotá D.C.: M. P. Jaime Moreno García.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Auto Rad 0099-07 (27, marzo, 2008). Bogotá D.C.: Alfonso Vargas Rincón

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0640-08. (6, agosto, 2008). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0930-08. (11, noviembre, 2009). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0836-08. (18, febrero, 2010). Bogotá D.C.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 1020-08. (18, febrero, 2010). Bogotá D.C.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 0112-09. (4 de agosto de 2010). Bogotá D.C: Víctor Hernando Alvarado

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de Tutela Rad 2012-00017-00 (23, mayo, 2013). Bogotá D.C.: María Elizabeth García González.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia SU Rad 1434-2014 (12, septiembre, 2014). Bogotá D.C.: Gustavo Eduardo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 2. Sentencia Rad 4683-2013 (25, febrero, 2016). Bogotá D.C.: Gerardo Arenas Monsalve.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 5. Sentencia Rad 2088487 (15, diciembre, 2016). Bogotá D.C.: Lucy Jeannette Bermúdez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN 5. Sentencia Rad 03366-01 (23, marzo, 2017). Bogotá D.C.: Carlos Enrique Moreno Rubio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 (11, marzo, 1993). Bogotá D.C.: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168 (20, abril, 1995). Bogotá D.C.: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 (10, agosto, 1998). Bogotá D.C.: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 (11, agosto, 1999). Bogotá D.C.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 (25, julio, 2001). Bogotá D.C.: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 (07, mayo, 2013). Bogotá D.C.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 (07, febrero, 2014). Bogotá D.C.: Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 326 (16, octubre, 2014). Bogotá D.C.: Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-230 (29, abril, 2015). Bogotá D.C.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljut.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 22477 (4, agosto, 2004). Bogotá D.C.: Carlos Isaac Nader y Luis Javier Osorio López.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 23120 (19, mayo, 2005). Bogotá D.C.: Camilo Tarquino Gallego.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 33343 (17, octubre, 2008). Bogotá D.C.: Gustavo José Gnecco Mendoza.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 34863 (16, diciembre, 2009). Bogotá D.C.: Gustavo José Gnecco Mendoza.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Sentencia Rad 53082 (25, marzo, 2015). Bogotá D.C.: Luis Gabriel Miranda Buelvas.

COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN 2. Sentencia (16, agosto, 2012). Bogotá D.C.

c. WEB

CENTRO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICA Y SOCIAL. El Sistema Pensional en Colombia: Retos y Alternativas para aumentar la cobertura. [en línea] <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/11445/351/1/El-sistema-pensional-en-Colombia_Retos-y-alternativas-para-aumentar-la-cobertura-12-de-abril-2011.pdf> [citado el 12 de abril de 2017]

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la ley 100 de1993. [en línea] <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=12887> [citado 4 febrero de 2017]

EMISORA LA W. No se trata de legislar a favor de nosotros: María Claudia Rojas respecto a mega pensiones. [en línea] <http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/no-se-

trata-de-legislar-a-favor-de-nosotros-maria-claudia-rojas-respecto-a-mega-pensiones/20140926/oir/2433485.aspx> [citado el 20 de mayo de 2017]

d. BIBLIOGRÁFICAS

ARECO, Juan Segundo. La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1948.

ARENAS, Gerardo. El origen conceptual de la seguridad social. Bogotá D.C.: Legis, 2007

BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho civil. Tomo 1. Traducido por J. M. Cajicá. 1 Tomo. Citado por HERRERA ROBLES, Alekey. Los derechos adquiridos frente a la Función Administrativa. En Revista de Derecho: Universidad del Norte. Julio 2002. no. 18., 194 p.

DE DOVAT, Merlín, Citado por ROUBIER, Paul. Derechos Subjetivos y situaciones jurídicas. Paris: Tomo 1, 1963.

HERRERA ROBLES, Alekey. Los derechos adquiridos frente a la Función Administrativa. En Revista de Derecho: Universidad del Norte. Julio 2002. no. 18., 106-117 p.

RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo. Lima (Perú): Fondo Editorial de la PUCP, 2012

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. 7 ed. Bogotá D.C: Legis, 2005.