

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO - ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL ANTES Y DESPUES DE LA LEY 100 DE 1993.

ALUMNOS:

**MANUEL CAMELO MILLAN
JERSSON FABIAN DE LA ASUNCIÓN RAMIREZ
MARÍA CRISTINA MENDOZA DAZA**

DOCENTE:

NIDIA JOHANNA ROBLES VILLABONA



VALLEDUPAR, COLOMBIA, DICIEMBRE DE 2015.

CONTENIDO

RESUMEN.....	3
TEMA	4
SITUACIÓN PROBLEMA O PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	5
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	6
HIPÓTESIS	7
OBJETIVOS	8
Objetivo general	8
Objetivos específicos.....	8
ESTADO DEL ARTE	9
DISEÑO METODOLÓGICO	11
INTRODUCCIÓN	12
DESARROLLO DEL TRABAJO.....	13
BIBLIOGRAFÍA.....	29

RESUMEN

Con la investigación adelantada para la elaboración de este trabajo, nos dimos a la tarea de establecer cuál es la posición más favorable y garantista de derechos para con los empleados públicos pensionados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y adoptada por las altas cortes, llámense Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Lo anterior, teniendo como fundamento que antes de entrar a regir el sistema general de seguridad social en salud –Ley 100- existía la Ley 33 de 1985, la cual establecía que los empleados públicos que llegaran a adquirir su derecho a la pensión, esta se calcularía tomando como base para su cálculo el 75% del promedio de todos y cada uno de los factores salariales devengados por él en el último año de servicio; pero esta estipulación, se vio afectada al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, la cual introdujo una modificación sustancial y señaló que todos los trabajadores en Colombia que tuvieran la oportunidad de disfrutar de una pensión mensual vitalicia de jubilación, para efecto de su mesada pensional se tomaría el 75% pero del promedio de los últimos 10 años laborados.

Lo referido, es la posición adoptada desde sus inicios y hasta este momento por la Corte Constitucional, no obstante a ello, hacia el año 2010 el Consejo de Estado unificó su criterio y manifestó que en virtud del principio de favorabilidad a los empleados públicos les era aplicable en su integridad la Ley 33 de 1985, es decir, tomando como punto de partida para la liquidación pensional el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Las conclusiones adoptadas o tomadas por este grupo es que la posición del consejo de Estado es una postura garante de los derechos pensionales, máxime cuando quienes acceden a estos son personas de la tercera edad y por supuesto, de especial protección constitucional.

TEMA

Reliquidación de las pensiones otorgadas a los empleados públicos con beneficio del régimen de transición, aplicación de la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

La Ley 33 de 1985 establece como base de liquidación de las pensiones de jubilación que disfrutarán los empleados públicos el 75% del promedio de todos y cada uno de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se estableció el sistema general de seguridad social en salud determinó que las pensiones reconocidas en Colombia, inclusive aquellas causadas en anterioridad a su entrada en vigencia debían ser liquidadas con el promedio de los últimos 10 años.

Esta situación, ha llevado a que en la actualidad se estén aplicando las dos formas de liquidar una pensión de manera simultánea, es decir, algunos con ley 33 y otros con Ley 100, por lo tanto, quien crea que le va a ser más benéfica la que no se le aplicó esta demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que ha generado que exista un número considerable -por no decir grande o inmenso- de demandas en ese sentido.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál de los regímenes pensionales existentes es el más favorable al empleado público que se halle cobijado por el régimen de transición, es decir, si debería aplicársele la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993?

HIPÓTESIS

Colombia por estar bajo el modelo de un Estado Social de Derecho donde se ha establecido que los derechos laborales son de estirpe progresiva y siempre van cambiando en favor del trabajador, con fundamento en el principio de favorabilidad constitucional el régimen aplicable a los empleados públicos amparados por el régimen de transición, es decir, los que se encuentran dentro de los supuestos que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, ya que conlleva un aumento en la mesada pensional respecto a lo consagrado en el régimen general de pensiones y, de acuerdo con los postulados de nuestra carta magna, siempre se debe beneficiar al conglomerado social y no buscar como limitar, coartar o recortar sus derechos.

OBJETIVOS

Objetivo general

Determinar cuál de los regímenes pensionales existentes en Colombia es más favorable al empleado público que adquirió sus derechos o una expectativa de estos bajo la vigencia de otra norma; es decir, corresponde determinar cuál de estos es menos gravoso económicamente para quien solicita la prestación social.

Objetivos específicos

- Determinar en caso de coexistencia de normas que regulan en apariencia lo mismo, que criterio define la que se ha de aplicar.
- Analizar el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993, aplicable para quienes ya venían con una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional y establecer si esta otorgó la regulación total de esta en esa materia a la norma anterior o la limitó en cuanto a su aplicabilidad.
- Ilustrar como se da claramente un choque de trenes en materia pensional entre la Corte Constitucional quien tiene a su cargo la guarda y custodia de nuestra constitución y el Consejo de Estado quien es la máxima autoridad judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa y, al existir entre estos dos órganos posiciones contrarias, cual debe primar sobre la otra.

ESTADO DEL ARTE

Por ser objeto de esta investigación el determinar cuál norma es aplicable a esas pensiones reconocidas a los servidores públicos amparadas bajo el régimen de transición, conviene señalar entonces, que dicho régimen está contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que estipuló lo siguiente:

“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...”

Luego entonces, y según lo manda el régimen aplicable en ese sentido, no es otro que el contemplado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que estableció:

“Artículo 1°.- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio...”*

Ahora, la norma que a nuestro juicio es objeto de un análisis pormenorizado, ya que va en contra de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica, es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la cual si bien no contradijo lo consagrado en el régimen de transición afecta abiertamente los derechos del pensionado, ya que le cercenó la posibilidad de calcular su pensión con el último año, lo cual sería una condición mucho más beneficiosa a ser calculada con el promedio de los últimos 10, en ese sentido dijo:

“ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

Hasta aquí entonces, las tres normas que serán objeto de nuestra investigación a fin de determinar su alcance, el cual ha sido objeto de pronunciamiento por parte de las altas cortes en varias oportunidades, al punto, que en la actualidad hay una confrontación – choque de trenes- en sus posturas, pronunciamientos que serán analizados de manera detallada en su debido momento a la luz de las normas y la jurisprudencia actual sobre la materia, como lo son la Sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la sentencia de la Corte Constitucional C-230 de 2015.

DISEÑO METODOLÓGICO

La metodología a seguir en esta investigación es cualitativa, ya que se hace con base en las normas existentes sobre la materia, tales como la Ley 33 de 1985 y 100 de 1993, analizadas o estudiadas a la luz de la jurisprudencia nacional sobre la materia y sus lineamientos, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se hace con el objeto específico de ilustrar como a lo largo del sistema normativo colombiano se ha venido modificando el sistema pensional colombiano, desde un primer momento donde la jurisprudencia era meramente exegética y aplicaba la norma es su sentido más simple, atravesando por un periodo donde se protegiendo los derechos adquiridos de las personas que causaron su derecho a la pensión en un régimen anterior al que se encuentra vigente, hasta llegar al periodo actual donde casi se vuelve al sentido puro de la norma y para ello, haciendo un análisis de las posturas de las altas cortes en el presente caso la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

DESARROLLO DEL TRABAJO

Para determinar que norma es aplicable al reconocimiento de las pensiones otorgadas a los servidores públicos que se encuentran amparados bajo el régimen de transición, contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, es preciso señalar o aclarar que es régimen de transición, que es una pensión y a la vez que es pensión de vejez, que compone este beneficio, como se liquida dicha prestación y se hará un análisis de la misma a la luz de los criterios que ha fijado la jurisprudencia nacional de las altas cortes en la materia. (República, Ley 100, 1994)

En general la pensión se entiende como un seguro social frente a los riesgos laborales (desempleo, accidente de trabajo, enfermedad, seguro médico, invalidez...) o contra la vejez (jubilación) u otras circunstancias sobrevenidas por dependencia como la discapacidad, viudez, orfandad, la separación o divorcio y otras derivadas de la acción militar, a víctimas de atentados terroristas o por sentencias derivadas de errores privados, tales como accidentes laborales, accidentes de tráfico, errores médicos o públicos como sentencias de prisión erróneas, dejación de controles públicos, accidentes que también pueden generar pensiones.

En concreto, la pensión de vejez es una prestación económica que consiste en obtener una renta mensual que se otorga en forma vitalicia para aquellas personas que cumplen los requisitos de edad y semanas cotizadas y que en el caso de las mujeres, deben haber cumplido la edad de 57 años y en el caso de los hombres 62 años. (www.porvenir.com, s.f.).

Lo anterior, va acorde con la declaración universal de los derechos humanos la cual estableció, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u

otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (Naciones Unidas, 1948)

No obstante, la pensión de jubilación o vejez que es objeto de nuestro estudio, es la contenida en la ley 33 de 1985, la cual estableció para su reconocimiento requisitos totalmente diferentes y por su puesto más beneficiosos a los trabajadores; reconocimiento que se hace, bajo el amparo del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto señaló:

“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...”

Como es bien sabido, la ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones el cual entró en vigencia el 1º de abril de 1994 y como en ese momento había personas que se encontraban próximas a cumplir los requisitos para pensionarse, la ley quiso proteger sus expectativas legítimas, y en tal virtud señaló que dichas personas conservaban el derecho a pensionarse con el régimen anterior, el cual seguramente les resultaba más favorable, siempre y cuando a esa fecha su edad fuera de 40 o más años de edad en el caso de los hombres y de 35 años o más en tratándose de las mujeres; o tuvieran 15 o más años de servicios cotizados.

Pero el legislador limitó el tiempo durante el cual se puede hacer uso de ese derecho y señaló como tal el año 2014.

O sea, que para poder pensionarse con el régimen de transición la ley impuso dos condiciones: a) que a 1º de abril de 1994 la persona tuviera la edad allí señalada, o 15 años o más de servicios cotizados, y b) que esa persona complete los requisitos de edad y volumen de cotizaciones previstos por la ley, antes del 31 de diciembre de 2014.

Luego entonces, si a 1º de abril de 1994 el afiliado tenía 40 o más años de edad o 15 o más años de servicios, quedó amparado por el régimen de transición, pero esa sola circunstancia no le basta para pensionarse con dicho régimen, pues debe además completar la edad de pensión y el número de semanas requeridas por la misma, antes de que finalice el año 2014 y, si al momento de entrar en vigencia la reforma constitucional de 2005, el afiliado no tenía 750 semanas cotizadas al sistema, la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición sólo va hasta julio de 2010.

Finalmente vale la pena anotar que la edad de pensión para los beneficiarios del régimen de transición es la consagrada en el régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, así: para los trabajadores del sector privado 60 años de edad, para los servidores públicos 55 años.

Luego entonces, y según lo manda el régimen aplicable en ese sentido, no es otro que el contemplado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, que en sentido estableció:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia

de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio...”

Ahora, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es claro al señalar que es objeto de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto de la mesada pensional y que las demás condiciones se sujetarían a lo estipulado en ella, lo que no es más que el ingreso base de liquidación o el tiempo sobre el cual se haría su cálculo.

El Ingreso Base de Liquidación (IBL) propiamente dicho, no es otra cosa que el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, debidamente actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) reportado por el DANE.

Sin embargo, si el IBL obtenido en la forma ya dicha resulta inferior al IBL ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, el afiliado podrá pedir que se le tenga en cuenta éste último IBL, siempre y cuando haya cotizado mínimo 1250.

Es necesario advertir o aclarar, que lo que se calcula no es el promedio de los últimos 10 años entendidos en sentido cronológico continuo, es decir, los 10 años anteriores a la solicitud de reconocimiento de la prestación, sino de los últimos diez años cotizados, vale decir de los últimos 120 meses cotizados, los cuales en tiempo real pudieron haber sido cotizados en más de 10 años por haberse presentado interrupciones en la continuidad de la cotización.

Dicha ecuación encuentra sustento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que en ese sentido dijo:

“ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al

reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

Como se observa, si bien la norma no contradijo lo consagrado en el régimen de transición afecta abiertamente los derechos del pensionado, ya que le cercenó la posibilidad de calcular su pensión con 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, lo cual sería una condición mucho más beneficiosa que ser calculada con el promedio de los últimos 10.

En un primer momento el Consejo de Estado a través de su sala de consulta y servicios civiles, había establecido que "La Ley 33 de 1985 es aplicable para los servidores públicos del sector de comunicaciones en lo referente a los aspectos de edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto, siempre y cuando se trate de aquellas personas contempladas dentro del régimen de transición a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que el aspirante a jubilación tenga 15 años o más de servicios cotizados, o cuando se trate de mujer que tenga 35 o más años de edad o de hombre con 40 o más años de edad a la fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones (1º. de abril de 1994). En cuanto a las demás condiciones y requisitos, rigen las disposiciones contenidas en la Ley 100/93, incluido el artículo 21 que prevé el ingreso base para liquidar las pensiones". (Consejo de Estado, 1997)

Es decir, que en un principio el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa avalaba lo establecido dicha norma y así la aplicó en múltiples casos que

en su momento fueron puestos a su conocimiento y en ese sentido también lo aplicaron las entidades administradoras del régimen pensional al momento de hacer los reconocimientos o simplemente al resolver las solicitudes de reliquidación pensional.

Con posterioridad, esta posición fue sufriendo modificaciones al punto que esa Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, presentaba 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 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.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “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”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado.

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985

y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar.

Al establecerse una multiplicidad de posiciones y en aras de unificar su criterio en materia laboral pasa así dar a los empleados públicos un mismo trato, el Consejo de Estado al percatarse algunas de las tesis expuestas iban en contraposición con los derechos del trabajador y en ese sentido, era menos garantista dentro de un estado social de derecho, según los diversos pronunciamientos que existían sobre la materia como es el caso de organismos internacionales, fue variando su posición y determinó que si bien las Leyes 33 y 62 de 1985 establecieron que la pensión de los empleados oficiales se liquida con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y la Ley 100 de 1993 estableció que se hacía con el promedio de los factores de salario devengado en los últimos 10, ello no podía impedir que, atendiendo a los derechos del trabajador, dicha prestación se calculará efectivamente con el último año de trabajo y en segundo lugar, que se excluyeran otros factores de salario efectivamente percibidos por el trabajador en su último año de servicios, así sobre los cuales no se hubiere realizado descuento alguno, ya que siempre es posible ordenarlo.

En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 regula la reliquidación de las pensiones de jubilación indicando que “Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.”.

De conformidad con la anterior disposición, en concordancia con los estándares internacionales ya establecidos e introducidos por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, la pensión de los servidores públicos debe liquidarse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues la prevalencia del principio de favorabilidad impide aplicar en inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto conlleva a la disminución de la mesada pensional. (Organización Internacional del Trabajo, 1949)

Es por lo anterior, que la Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en Sentencia de unificación del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), decidió que aquellas pensiones que se otorguen con beneficio de régimen de transición se tendrían en cuenta además de la edad, el tiempo de servicio y el monto, la 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicio según lo ordenó la Ley 33 de 1985, pronunciamiento del máximo tribunal que vendría a establecerse como precedente judicial al ser un criterio unificado y, establecería los supuestos tanto fácticos como jurídicos para su reconocimiento y/o reliquidación.

Dijo el Consejo de Estado en la referida providencia:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.”

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esa Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación. (...)”.

“Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. ...” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez,)

De los anteriores referentes jurisprudenciales se puede colegir que, i) la pensión de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, por principio constitucional de favorabilidad se debe liquidar con el 75% del promedio de los factores devengados en el último año y no, con el promedio de los últimos 10 tal como lo establece el sistema general de seguridad social y, ii) los factores para tener en cuenta para la liquidación y/o reliquidación de dicha prestación no son los únicos que señala la norma sino los efectivamente percibidos por el trabajador aun si sobre estos no se ha realizado aportes, pues siempre es posible efectuarlos con posterioridad o en el mismo instante de su reconocimiento.

En este mismo sentido, dijo el Consejo de Estado en la providencia que se anotó líneas arriba:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica,

como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando”

Esta posición que venía reinante duró aplicándose varios años y benefició a miles de pensionados, pues su mesada pensional se veía incrementada en forma justa y proporcional a la labor desempeñada en años anteriores; además, iba en consonancia con nuestra constitución política y los pronunciamientos internacionales que sobre la materia se habían expuesto.

No obstante a lo anterior y pese a que estamos en un estado social de derecho donde los derechos del trabajador son de estirpe progresivos, en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia de Unificación No. 230 de 2015, resolvió ordenar la liquidación de la pensión obtenidas con el beneficio del régimen de transición, con base en los últimos 10 años de servicio, aduciendo que con fundamento en lo estableció el parágrafo 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio según la Ley 33 de 1985, aplicando de este modo, el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, pues según su interpretación el IBL no hace parte de la transición.

La Corte Constitucional arribó a esa conclusión luego de manifestar que la sentencia C-258 de 2013, -proferida dentro de un caso donde se analizaba el régimen pensional de los congresistas-, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, *mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que*

debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, pero, además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100 de 1993, como es el caso que aquí se estudia.

En esa medida, el alto tribunal 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 ya que se desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo; se generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; existía falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado y, 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.

Así pues, la Corte Constitucional en la anotada providencia dejó establecido que no puede extenderse el régimen de transición a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo; como factores de liquidación de la pensión determinó que 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; sostuvo además, que las reglas sobre el índice base de liquidación (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 que las mesadas correspondientes no podrán superar

los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013, tema sobre el cual no se sustenta el presente estudio. (*Corte Constitucional*)

Es importante hacer hincapié, en que la alta corporación señaló que el IBL no hacía parte de la transición y en esa medida los beneficiarios de

“Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C- 258 de 2013 se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

Así las cosas, concluye la alta corporación el IBL no es un aspecto de la transición, y por tanto, son las reglas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las que se deben observar para determinar el monto pensional, con independencia del régimen pensional al que se pertenezca.

Siendo así, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que se le aplique

el régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo y monto de la pensión, y no así para determinar el Ingreso Base de Liquidación, el cual es regulado por la Ley 100 de 1993.

Siguiendo lo anterior, en la actualidad las administradoras del régimen de prima media con prestación definida están reconociendo las pensiones con el promedio de los últimos 10 años, con este mismo argumento niegan la reliquidación de las ya reconocidas y dichas decisiones están siendo acogidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Luego entonces, este es el cambio que ha sufrido nuestro sistema pensional y en relación con los servidores públicos que a lo largo de todo su interregno laboral mantuvieron una expectativa más que legítima fundada en las normas que regulaban la materia, en obtener el disfrute de una mesada pensional alta y representativa a todo el esfuerzo y dedicación con que desempeñaron su empleo, expectativa que se vio interrumpida o truncada por la postura de la actual Corte Constitucional, pues se recuerda que el Consejo de Estado si bien en un principio no fue tan garantista, unificó su criterio en favor de todos los empleados públicos; cabe resaltar o hacer hincapié en que Colombia por ser un Estado Social de Derecho, los derechos laborales de cada trabajador independientemente del sector en que se encuentre son de estirpe progresiva y siempre van cambiando en favor del trabajador, con fundamento en el principio de favorabilidad establecido en nuestra constitución política, por lo que el régimen que debe ser aplicado para aquellas pensiones reconocidas bajo el régimen de transición es el establecido en la Ley 33 de 1985 pero de forma completa y no de manera parcial, pues se debe respetar además de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la mesada pensional, el IBL o índice base de liquidación para calcularla.

Se concluye entonces que, todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica

consolidada. Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición, por lo que se estima que la posición actual de la corte constitucional ha causado un desmejoramiento de la condición del pensionado o una violación de su derecho, pues su mesada se ve disminuida de manera significativa con la nueva forma de liquidación, por eso, se debe volver a la posición adoptada o trazada por el Consejo de Estado y que fue esbozada ampliamente en líneas anteriores.

CONCLUSIONES

De lo anterior podemos concluir, que las personas que quedaron amparadas por el régimen de transición creado por el Artículo 36 de la ley 100 de 1993, adquirieron el derecho a jubilarse con fundamento en el régimen pensional al cual se encontraban afiliados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (ley 100/93), por lo tanto, la situación pensional de los servidores públicos que no tenían un régimen pensional especial, se regía por lo dispuesto en la ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso el derecho a la pensión al llegar a los 55 años de edad, 20 años de servicio y con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Pues bien, los servidores públicos que ingresaron al régimen de transición, por encontrarse en ese momento dentro de los supuestos de hecho de la norma que se acaba de mencionar, entendieron – con toda razón- que al tener derecho a que se les aplicara el régimen pensional establecido en la ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión debía tomarse como ingreso base de liquidación (IBL) el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio; por esta razón, se vieron sorprendidos por la actual posición de la Corte Constitucional a parte de disminuir la mesada pensional actual para quienes adquieran su derecho, va a dar lugar muy seguramente a la revisión de las ya reconocidas.

Ahora bien, en lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición solamente los factores de salario que taxativamente señala la norma y no los devengados por el trabajador tal como lo establece la norma.

Finalmente, en la actualidad y así sobre ello no se haga alusión alguna, se observa clara violación al principio de inescindibilidad del régimen pensional para efectos de la reliquidación de la misma, y a su vez, una violación del principio de favorabilidad laboral

contenido en el artículo 53 de la Constitución, lo cual ha de llegar al absurdo hasta desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar.

BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

Consejo de Estado. (1997). Sala de Consulta y Servicios Civiles. *Concepto 960* .

Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez,. (s.f.). *Sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007)*.

Constitucional, C. (29 de abril de 2015). Sentencia C 230 . Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional. (s.f.). Sentencia C-258 de 2013.

Estado, C. d. (4 de agosto de 2010). Sentencia de Unificación. Bogotá, D.C., Colombia.

https://www.porvenir.com.co/Personas/flash_site/minisitio_solicitud_pensional/pages/vejez/tipo_1_solicitud_pensional_vejez.html. (s.f.).

Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Paris, Francia.

Organización Internacional del Trabajo. (1949). *Convenio 95 OIT* . Ginebra, 32ª reunión CIT.

República, C. d. (29 de enero de 1985). Ley 33. *por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*. Bogotá.

República, C. d. (23 de diciembre de 1994). Ley 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D.C.

www.porvenir.com. (s.f.).