

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE TUNJA

Maestría en Derecho Administrativo



Tesis de maestría

EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, UN DEBATE CONSTITUCIONAL DESDE EL DERECHO VIVIENTE COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LA TEORÍA POSMODERNISTA DEL SISTEMA DE FUENTES Y EL VALOR DEL PRECEDENTE.

Tesis para optar el grado académico de:

Magister en derecho administrativo

Presentado por:

Karen Lizet Acevedo Ruiz y Laura Johanna Cabarcas Castillo

Directora tesis: Dra. Catherine Díaz Sanabria

Boyacá-Colombia

2020

Dedicatoria

A nuestra familia que con su esfuerzo han hecho posible la realización de nuestros sueños y a

Dios por guiar siempre nuestro camino al éxito.

AGRADECIMIENTOS

Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a la Doctora Catherine Díaz Sanabria haber confiado en nuestro planteamiento para la elaboración de esta tesis y por aportar su conocimiento hacia la construcción de esta, pues nos entregó algo que jamás se recupera, esto es, el tiempo, y que hoy el fruto del mismo se ve reflejado con el presente escrito.

A nuestras familias que siempre han perseverado por el cumplimiento de nuestras metas, por la realización de los sueños que parecen ser incólumes pero con su apoyo lo hacen posible, por enseñarnos que la perseverancia es la pieza fundamental para lograr los propósitos en la vida.

CONTENIDO

Introducción	6
Planteamiento del problema de investigación	6
Objetivos.....	6
Objetivo general.....	6
Objetivos específicos	6
Metodología.....	7
Resumen	10
Palabras clave	13
Marco Teórico	14
Régimen Pensional de los Servidores Públicos	14
La Dogmática Constitucional de los Regímenes Pensionales	14
Naturaleza Jurídica de la Pensión de Jubilación.....	17
El Sistema de Pensiones en Colombia una Mirada Histórico Normativa.	19
El Régimen de Transición de la Ley 100 Para los Servidores Públicos.....	32
Los Derechos Adquiridos y las Meras Expectativas el Debate por la Reforma de la Ley 100.	42
La Cuestión de Debate Jurisprudencial de los Últimos Años	49
La Primera Postura: El Precedente del Consejo de Estado Antes del 2013.	65

La Segunda Postura: El Cambio del Precedente Por Parte de la Corte Constitucional en el Año 2013	77
La Tercera Postura: A la Defensa de la Tesis del Consejo de Estado Posterior al 2013. ...	113
El Mal Denominado Choque de Trenes y sus Consecuencias Jurídicas	117
La Cuarta Postura: La Sentencia que Pone Fin al Debate Entre el Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.	127
El Valor del Precedente Jurisprudencial en Colombia	141
El Derecho Viviente una Manifestación del Posmodernismo Jurídico y de la Mutación Constitucional del Sistema de Fuentes en Colombia.....	152
Conclusiones.	180
Bibliografía.....	185

INTRODUCCIÓN

Planteamiento del problema de investigación

¿los precedentes jurisprudenciales respecto del régimen de transición para servidores públicos son expresión de la teoría posmodernista desde la aplicación del derecho viviente?

Objetivos

Objetivo general

Determinar si los precedentes jurisprudenciales respecto del régimen de transición para servidores públicos, son expresiones de la teoría posmodernista desde la aplicación del derecho viviente.

Objetivos específicos

- Analizar las normas y la dogmática que gobierna el régimen de transición para los servidores públicos en Colombia, conforme a la interpretación que la corte constitucional y el Consejo de Estado han dado mediante el precedente jurisprudencial a los presupuestos normativos que regulan el régimen de transición.
- Señalar el valor del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano y cuáles son los efectos de interpretaciones jurisprudenciales que rompen los principios de unidad y univocidad para aquellos servidores públicos beneficiarios del régimen de transición.
- Dilucidar el precedente en materia de régimen de transición para los servidores públicos de las Corporaciones de cierre de las diferentes jurisdicciones desde el escenario del derecho viviente analizando la mutación constitucional del sistema de fuentes y representan la asimilación de una teoría posmodernista del derecho.

METODOLOGÍA

La presente investigación se desarrolla desde un enfoque de análisis descriptivo ya que tiene la visión alrededor de las más importantes nociones de revisión bibliográfica y jurisprudencial, y en este orden, se presenta un estado del arte en un primer escenario de la dogmática jurídica que orienta el régimen de transición de los servidores públicos; en segundo lugar, se tendrá en cuenta la hermenéutica utilizada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y el Consejo de Estado en materia de reliquidación pensional de los servidores públicos que se acogieron al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en tercer lugar, los puntos neurálgicos sobre el precedente jurisprudencial, su obligatoriedad y los consecuencias jurídicas que trae consigo disparidad de criterios interpretativos de las normas que regulan la transición; y finalmente la presentación de la teoría de la mutación constitucional, como causa del derecho viviente desde una mirada posmodernista del derecho.

El método utilizado, para tal fin, usaremos la metodología de líneas jurisprudenciales propuesta por Diego Eduardo López Medina (López, 2002), de manera tal que, de la construcción de nuestro argumento, podamos inferir la coherencia en la doctrina y por lo tanto su peso gravitacional como precedente (López, 2006). el mismo incluye una gran recopilación de la conexidad en los fallos sobre la materia, por lo que en coherencia con la doctrina expuesta por el profesor López Medina (López, 2006) consideramos a los mencionados fallos adecuados como sentencias en efectos de vinculatoriedad del precedente, es lo material en las similitudes de los casos desde el punto de vista de los problemas jurídicos, que funcionan en calidad de punto arquimédico, pues se ajustan a las explicaciones y razones dadas al respecto, siendo estas razones a juicio de López (2006): “a) que sea lo más reciente posible y b) que en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico (o, al menos, el más cercano posible) con relación al caso sometido a investigación”, tratándose de un

problema de control de constitucionalidad normativo no consideramos como hecho pertinente la situación fáctica o los hechos, sino la causa petendi o cargos de inconstitucionalidad, siendo esta la verdadera semejanza entre las sentencias .

Se debe tener en cuenta que las sentencias analizadas en el presente escrito han sido referidas conforme a la adecuación cronológica en la medida en que desde el primer pronunciamiento con la expedición de la Ley 100 de 1994, existió una pasividad conforme a las garantías de los derechos adquiridos de los servidores públicos por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, empero solo a partir de la expedición de la primer sentencia de la inminente Corte Constitucional, esto es, desde el año 2013 con la expedición de la sentencia C-258 (Corte Constitucional, 2013) en lo que respecta a la transición pensional de los servidores públicos, se quebrantaron dichas garantías mínimas para quienes ya habían adquirido un derecho pensional que se presupuestaba debía ser respetado y protegido conforme a los principios de la constitución política, pero que a lo largo de los años tomo variables e indistintas interpretaciones y solo hasta el año 2018 con la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto, se logró una unidad de criterios nuevamente por parte los órganos de cierre de nuestra administración de justicia, de ahí la importancia de efectuar un análisis en el intervalo de tiempo del año 2013 al 2018 pues fue allí que con las ratio decidendi de las corporaciones en sentencias de 4 de agosto de 2010, Rad. 0112-2009, C-258/13, SU-230/15, sentencia de unificación 28 de agosto de 2018 que se creó una postura solida ante la ley creándose puntos neurálgicos como consecuencia de posturas contra vinientes afectando principios que la misma Constitución Política Colombiana garantiza.

En ese orden de ideas, se traen fuentes de otras investigaciones desarrolladas de diferentes autores y se examinan los diferentes puntos de vista de los mismos, realizando una integración de manera ordenada y coherente de los resultados de las mismas, planteando de tal forma, el panorama

actual de las pensiones de los servidores públicos en Colombia y consecuentemente brindar algunos parámetros en los cuales se pone en la mutación constitucional, como causa del derecho viviente desde una mirada posmodernista del derecho.

RESUMEN

El precedente judicial en Colombia está enmarcado como fuente de derecho, cuyo fin es garantizar igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima por medio de la orientación unívoca normativa del aparato judicial quien administra justicia y quien hace las veces de intérprete de la norma con estricta sujeción a la ley, y es que las altas cortes al dar el alcance a la constitución política de 1991, deben también dar aplicación a la coherencia del sistema jurídico colombiano, es decir garantizar el principio de unidad en las interpretaciones que realicen de la ley.

Ahora bien, el precedente judicial en el derecho administrativo en materia pensional, no resultó ser suficiente para proteger a quienes, siendo beneficiarios del régimen de transición desde el 01 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, adquirieron condiciones más favorables, como quiera que la Corte advirtió que la interpretación realizada por el juez contencioso resultaba ser inconstitucional y afectaba no solo el plexo de principios sino también reglas y derechos de rango constitucional.

La liquidación de las pensiones de los servidores públicos tenían su razón de ser en diferentes y variados asientos normativos, situación que conllevó a que el legislador proferiera la Ley 33 de 1985, la cual liquidaba las pensiones teniendo como referente el último año de prestación de servicios, situación que con el tiempo fue modificada por el legislador quien expidió la Ley 100 de 1993, creando un sistema general de pensiones, que a su vez trajo consigo el respeto de ciertos derechos, tales como edad, tiempo de servicio y monto, pero también la falta de claridad en la norma, como bien sucedió con el Ingreso Base de Liquidación (IBL) para la respectiva liquidación de las pensiones de los servidores públicos.

El juez al momento de interpretarla creó una regla en lo concerniente al IBL considerando los últimos diez años y sobre los cuales se hubiere efectuado aportes, situación que fue pacífica por

los órganos de cierre aduciendo que las pensiones debían ser liquidadas con el último año de servicio y con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el pensionado, pero dicha unidad de criterios culminó el 7 de mayo de 2013 fecha en la cual se profirió la sentencia de la corte constitucional C-258, mediante la cual se determinó que el IBL no era sujeto de transición por lo que debía regirse con el nuevo sistema general de pensiones, postura que no fue adoptada por el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa solo hasta el 28 de agosto de 2018, escenario que generó una etapa de inseguridad jurídica e carencia de certeza respecto de cual criterio interpretativo debía seguir el operador judicial en casos de servidores públicos sometidos al régimen de transición.

Sin embargo, mediante el estudio de constitucionalidad del Derecho viviente, la Corte Constitucional pudo revisar la interpretación que los operadores judiciales realizaban de los supuestos normativos que se encontraban en normas derogadas pero que seguían produciendo efectos jurídicos; esta forma de estudio de constitucionalidad demuestra como existe una mutación en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano lo que representa la asimilación de la teoría posmodernista del derecho gracias a la fuerza obligatoria del precedente.

Es pertinente adelantar un análisis investigativo respecto de la esencia del presente jurisprudencial y el efecto que este tiene sobre la seguridad jurídica y la certidumbre del derecho, como quiera que se debe garantizar la unidad de criterios interpretativos de una misma norma por los tribunales de cierre; y en este orden de ideas, presentar como pese a los inconvenientes que la disparidad de criterios genera en la confianza del operador judicial y del mundo jurídico, se evidencia una mutación constitucional del sistema de fuentes, gracias al control del derecho viviente y como este escenario se traduce en una aceptación tácita del posmodernismo jurídico.

Para lograr resolver el problema de la presente investigación se propone en primer lugar, determinar cuáles son los presupuestos normativos que dispuso el legislador respecto del régimen de transición para los servidores públicos y que normas regulan su parte dogmática y general para lo cual se requerirá previamente hacer una reseña histórica normativa que contenga un recuento claro y conseguido en el que el lector identifique la unidad práctica abstracta de la actividad del legislador. Posteriormente señalar de manera específica la conceptualización de la evolución de los paradigmas existentes entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente IBL del régimen pensional de los servidores públicos hasta llegar a la unificación de criterios para abordar un estudio de los efectos en el tiempo en el precedente en el derecho administrativo y las consecuencias a nivel de la seguridad jurídica, que este proceso de cambio generó en el ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo expuesto, en la primera parte de la investigación encontraremos una primera parte dedicada al análisis dogmático de las normas que regulan el régimen de transición para los servidores públicos, en la segunda parte se abordará lo referente a la temática específica frente a los puntos de divergencia y convergencia de la jurisprudencia en materia pensional de los servidores públicos con los efectos que esto generó en la teoría de la seguridad jurídica y la certidumbre del derecho. Y en la tercera parte, se presentará, un análisis del derecho viviente y como este representa una manifestación clara y evidente de la mutación del sistema colombiano de fuentes, debido a la asimilación en Colombia de la teoría posmodernista del derecho.

La consecución de los objetivos se desarrollará conforme al análisis jurisprudencial y doctrinal mediante las cuales se pretende señalar los aspectos más relevantes respecto de la aplicación del precedente jurisprudencial en materia pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y a su vez desentrañar si el artículo 230 superior

mutó tácitamente, ante la obligatoriedad del precedente y el estudio de constitucionalidad del derecho viviente, lo que demuestra la aceptación e incorporación del posmodernismo jurídico en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave

Régimen de transición, régimen pensional en Colombia, seguridad jurídica, derecho viviente.

MARCO TEÓRICO

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La Dogmática Constitucional de los Regímenes Pensionales

El Estado social de Derecho es visto como un principio de interpretación desde el cual se ha desarrollado el régimen pensional en Colombia, aquel se traduce en una forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las necesidades económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, mediante la imposición de ciertas cargas públicas razonables. Luego entonces, la finalidad del estado es garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos de rango constitucional y en atención de tales postulados, se debe decir que una parte de la sociedad civil está llamada a participar en la solución de las necesidades de los más necesitados, pero no solo eso, también impone un deber a las autoridades y ramas del poder público en el marco del ESD a consultar la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos con miras a materializar la finalidad primordial descrita por dicha fórmula política. (Espinosa, 2003)

Este principio impone la necesidad de emplear diferentes estrategias para asistir y redistribuir las cargas y beneficios sociales y económicos con miras a crear un sistema social y económico más justo; mediante la corrección de la distribución inequitativa de los recursos y la escasez de oportunidades, se han creado instrumentos al servicio del estado con el fin de asegurar que incluso la vejez se acomode a la máxima de dignidad humana. De esta forma se fijan reglas de responsabilidad en pro del beneficio de sostenibilidad fiscal que es utilizado para la realización de los derechos fundamentales y que deben ser tenidos en cuenta como una herramienta al servicio de los principios y fines del estado. (Carlos Cáceres, 2010)

Así las cosas, los sistemas de seguridad social, se convierten en la respuesta a la existencia de un derecho fundamental, el cual tiene una función instrumental desde el punto de vista de la realización de las finalidades propias del Estado Social de Derecho y que como ya se advirtió en líneas anteriores, se trata de una herramienta creada para distribuir las cargas y beneficios económicos a los ciudadanos. Se debe tener en cuenta, que de acuerdo con el bloque de constitucionalidad (Constitucion, 1991), se exige al Estado brindar prestaciones sociales diferentes y especiales a las personas que, por falta de ingresos, debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar requieren con el fin de hacer posible el postulado constitucional del Estado social de Derecho y que en definitiva se traducen en verdaderos servicios sociales. (General, 1948) y (Constitucional, C-1199, 2008)

Desde su contenido la seguridad social puede ser definida, como:

“...(i) un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y (ii) es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado...” (Const., 1991, Art 48). Entonces, el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios necesarios de subsistencia que le permitan llevar una vida con un contenido digno por causa de la vejez.

La pensión así concebida, constituye uno de los mecanismos en virtud del derecho a la seguridad social que protege entonces a las personas en razón a su edad, por lo que se produce una esperada disminución de su capacidad laboral que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna (Constitucional, T-284 , 2007), manifestación que está orientada desde los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (Constitucional, C-623, C-1024, C-823,

C-543 , 2004-2006-2007). Sin embargo, dicho derecho puede ser restringido aplicando para ello la principalística del Estado Social del Derecho, tal situación no implica regresividad ni desconocimiento de los derechos adquiridos, por el contrario, es el resultado de un tratamiento jurídico económico diferente que realiza los órganos del Estado para materializar los compromisos y las exigencias emanadas tanto del bloque de constitucionalidad como de la Constitución Política. En palabras de la Comisión Interamericana “...*La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad - establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana*” (negritas y subrayado fuera de texto). (Comisión IDH, 2009)

En conclusión (i) los Estados pueden reducir legítimamente los efectos patrimoniales de las pensiones y especialmente su monto; (ii) es pertinente mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social el cual se encuentre basado en el principio de equidad, que constituye un interés social y un fin legítimo del mismo en una sociedad democrática, y por tanto, en aras de hacer efectivos estos intereses los Estados tienen la obligación de tomar las medidas pertinentes; (iii) la limitación impuesta al derecho a la pensión puede ser proporcional si se configura como un mecanismo idóneo para asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el sistema de seguridad social; (iv) la restricción en el

ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, y, (v) la creación de tope máximos a las pensiones no es en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho.

Naturaleza Jurídica de la Pensión de Jubilación

El capital humano en cualquier sociedad moderna constituye un factor fundamental y necesario para el desarrollo, es por tal razón que los derechos laborales deben gozar de especial protección en la medida en que las condiciones óptimas para su desempeño y la adecuada remuneración son presupuestos fundamentales para alcanzar la prosperidad general, fin estatal previsto por el artículo 2° de la Constitución Política. Así la pensión de jubilación constituye una prestación social que por regla general se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral; igualmente, es obvio que en el transcurso de la vinculación el empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Además de dicho enfoque, se debe tener en cuenta que los derechos que se derivan del concepto de seguridad social entre ellos el de la pensión, son prerrogativas reconocidas por la doctrina internacional como derechos de segunda generación, es decir aquellos que contienen tanto un derecho como una prestación a cargo del Estado. Estos a diferencia de los de primera generación o fundamentales, no tienen un contenido axiológico inherente a la naturaleza humana, sino que tienen una eficacia jurídica directa, que implica de un cambio y un desarrollo legislativo ordinario

posterior para poder hacerlos efectivos, como el caso de la pensión, que si normas que la regulen no sería posible su goce.

En relación con aquellos, la doctrina con base en la interpretación del Derecho internacional vigente, y en especial del artículo 26 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o también llamada pacto de San José de Costa Rica, expone que son verdaderos derechos en la medida en que sus titulares pueden demandar su cumplimiento con fundamento en normas legales pero que de cara a sus reconocimiento por parte del legislador, este no está necesariamente obligado a ello, sin que su obligación concreta en el imperativo de dedicar los recursos económicos y financieros de la sociedad a su satisfacción. De ahí que a diferencia de los derechos de primera cuyo reconocimiento se impone por el constituyente al legislador y al juez y sobre cuya efectividad funda el Estado Social Derecho y su legitimada, de suerte que el derecho a la pensión que proviene de la naturaleza jurídica supra constitucional y legal exige al igual que los demás derechos de segunda generación un desarrollo legislativo para poder hacerse eficaces. (Humanos, 1969)

Una mirada más cercana del artículo 26 del Pacto de San José, nos permite concluir que el legislador se refiere al desarrollo progresivo de los derechos de segunda generación, prescribiendo que los Estados signatarios se comprometen a adoptar los desarrollos legislativos internos necesarios para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

De conformidad con lo expuesto nos permite concluir que la pensión no es una dádiva del Estado como fue vista en las primeras etapas de evolución normativa, sino que por el contrario constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo. Naturaleza que resulta armónica con lo dispuesto en el Pacto Protocolo

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9º,

“(...) Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes...” (Humanos, 1969)

El Sistema de Pensiones en Colombia una Mirada Histórico-Normativa.

No puede decirse que la seguridad social haya hecho su aparición de forma espontánea ni que su surgimiento obedezca tampoco a la promulgación de una disposición normativa concreta; o que el Estado haya creado una institución o entidad gubernamental o privada a la que denominaran de tal forma; pues por el contrario la seguridad, tal y como debe ser entendida implica la conjugación de muchas instituciones antecedentes que le dieron su origen o que no necesariamente han desaparecido sino que más bien hacen parte de sus esencia como elementos que no deben volver a presentarse o como características que deben mantenerse. (Rangel, 2007)

Se pueden mencionar conceptos tales como *asistencia, previsión, responsabilidad patronal, riesgos sociales, seguros sociales obligatorios, bienestar familiar, social y la protección social*, todos los cuales guardan relación estrecha con los momentos históricos que más adelante se serán esbozados, en la medida que fueron criterios que el estado busco garantizar a medida que la seguridad social evoluciono hasta la expedición de la ley 100 de 1993. (Cañon, 2003)

La asistencia es el antecedente más remoto pero también el más relevante y primario dentro de lo que podría llamarse los antecedentes históricos de la seguridad social, consiste básicamente en la ayuda o socorro que el Estado prodiga a los ciudadanos en razón a múltiples consideraciones

desde un enfoque público entre otras razones por el cambio en la filosofía del estado liberal hacia el estado social y prestador de servicio; escenario que generó la intervención estatal en la actividad privada y ocuparse de la atención de las necesidades sociales de ciertos grupos de población focalizada de escasos recursos o sin ellos. La labor de Estado entonces se dio sobre todo respecto de aquel segmento poblacional que no logra acceder a sus propios recursos y a los servicios que ofrece la seguridad social, la asignación salarial, etc., en aplicación estricta del principio de solidaridad que es la razón de todo el sistema. (Cañon, 2003)

La mutualidad, es la forma de previsión colectiva, que consiste en el esfuerzo que hace un grupo de personas generalmente con necesidades o intereses comunes buscando la protección a través de aportes de sus integrantes para facilitar que con los recursos de todos ellos pudieran ser más fácilmente atendidas las contingencias de la enfermedad, la muerte y la vejez, a diferencia del ahorro individual, la mutualidad representó que fuera la unión y el esfuerzo de todos los asociados el que permitiría atender con más éxito los riesgos futuros. (Cañon, 2003)

El seguro privado, fue otra de las etapas de desarrollo que hace parte de la previsión pero que tiene una especial característica, y que tiene que ver con su finalidad comercial, esta etapa implicó la celebración de contratos y convenciones privadas entre un beneficiario y una compañía de seguro según el cual esta última cubría las contingencias o riesgos que pudieran afectar gravemente al tomador o a sus beneficiarios; administraba entonces la vida, la salud, los bienes, la vejez y que constituyen un contenido patrimonial sometido al alea y cubierto por las leyes de los grandes números.

La previsión social es una figura que nace como respuesta a las reivindicaciones laborales, impulsadas además por la concepción proteccionista del Estado y las presiones que dejó la revolución industrial del siglo XIX, frente al crecimiento desmesurado de los accidentes de trabajo

y de las enfermedades profesionales, de esta forma hace obligatorio el aseguramiento de los trabajadores para la protección de las necesidades de los asalariados. Ahora, la responsabilidad patronal de los riesgos sociales surge especialmente en los sistemas sociales estructurados sobre la base de una relación la base de una relación laboral con el propósito de ofrecer protección y la fuerza de trabajo perteneciente a la economía formal. Dentro de este tipo de responsabilidad proviene la necesidad de atender las contingencias ocasionadas inicialmente por los riesgos profesionales a que están expuestos los trabajadores y posteriormente por otros riesgos que los afectan tanto a ellos como a sus familias. Es decir que se trata de un mecanismo a cargo el empleador mismo en lo que se suele denominarse la seguridad social laboral o protección patronal, que no se deja a instancias especiales entidades especiales, como si aparecerá más tarde en los seguros sociales obligatorios. (Sandoval, 2010)

Los sistemas de seguridad obligatorios aparecieron en Alemania a finales del XIX en respuesta sobre todo a las pensiones sociales de la época, se traduce en un sistema de protección social y de traslado dogmático de la responsabilidad de los riesgos profesionales del empleador hacia una entidad de seguridad social; aquellos peligros profesionales comprendían como hoy siguen siendo los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el ambiente de trabajo; todo ellos corresponde a la aplicación del principio de solidaridad colectiva en cuya financiación participan los empleadores y el propio Estado a través de la apropiación de recursos y del legislativo.

Finalmente apareció el concepto de seguridad social, el cual fue utilizado por primera vez en los instrumentos jurídicos de carácter internacional como la ley Americana 35, la ley de Nueva Zelandia 1938, la ley del Atlántico 1941, la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y Declaración americana de derechos del hombre 1948 (King, 2005). La influencia de este tipo de declaraciones en el marco de los estados y a nivel universal ha tenido como consecuencia la

incorporación de este concepto en las constituciones políticas, en la legislación de los aparatos de los Estados y en la sociedad en general con menor o mayor cubrimiento según el grado de evolución de responsabilidad del sistema creado. Cubre de forma general, los programas públicos diseñados para promocionar el ingreso y los servicios a los particulares en los supuestos de jubilación, enfermedad, muerte o desempeño; estos programas comprenden temas como la salud pública, el subsidio de desempleo, los planes públicos de pensiones o jubilación, la ayuda por hijos y otras medidas y mecanismos extensivos a la familia.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, los cuales eran administrados por distintas entidades de seguridad social, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a CAJANAL y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas (Constitucional, C-177, 1998). No obstante, las bases conceptuales e ideológicas del Sistema de seguros social en Colombia, se remontan desde un contexto supra legal, a la ley de seguro obligatorio emitida en Alemania por el canciller Otto Von Bismarck en 1883 (Esguerra Gutiérrez, 1994)

A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, sobre el particular se puede decir que en algunas empresas era común la creación de pensiones convencionales, las cuales eran financiadas directamente por las compañías al cumplirse ciertos requisitos, que en muchos casos eran mucho más flexibles que los contemplados en las leyes de la época, ya que la jubilación, conforme a la

legislación laboral, en especial según las leyes 6 de 1945¹ y 65 de 1946² y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial únicamente para ciertos empleados que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía. Por otra parte, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC³. Por último, sólo a partir de 1967, el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 190 de 1946⁴. (Colombia, 1946) quitar cita.

Cuando maduró la industria, las empresas advirtieron la imposibilidad de financiar y pagar de forma directa la carga de prestaciones de las jubilaciones, la salud, el conjunto de indemnizaciones y pensiones vitalicias, las incapacidades causadas por accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales, ante lo cual los empresarios y trabajadores optaron por proponer la creación de un sistema de seguros obligatorios semejantes a los europeos alemanes.

Así entonces, puede señalarse que coexistían dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcaban dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con métodos distintos y tenían formas de financiación propias; ciertamente, el primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores a través del reconocimiento de una pensión de jubilación, siempre y cuando se acreditara un determinado tiempo de servicio, y el segundo se basó en un sistema de aportes en el cual se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada,

¹ *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”*

² *“Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras.”*

³ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles).

⁴ *“Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.”*

que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.

La primera etapa normativa, puede ser ubicada en 1915, cuando el Código Sustantivo del Trabajo, establecía la pensión de vejez como una dádiva o recompensa gratuita por parte del Estado y los empleadores. Luego en 1937, el Consejo de Estado le dio un nuevo enfoque otorgándole la denominación de derecho; en 1961 la Corte Suprema de Justicia estableció que las pensiones son garantías personales; en 1946, se creó un sistema pensional en Colombia prestado a través de la Caja Nacional de previsión Nacional, pero únicamente para proteger al sector público; en 1945, la ley 6, que estableció el Estatuto Orgánico del Trabajo, determinó que una de las prestaciones del Trabajador era la pensión de jubilación.

Dicha norma dispuso que las empresas cuyo capital superara 1 millón de pesos, se encontraban obligadas:

“A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

(Pava, 1961)

Posteriormente, en 1946 se expidió la ley 90 en la que estableció el seguro obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguridad Social, el cual era financiado con recursos provenientes del

asegurado, el patrono y el Estado. En 1967, las pensiones se volvieron obligatorias, gracias a los Decretos 433 de 1971, 1935 de 1973; sin embargo, el sistema mostró evidencias de insostenibilidad financiera, debido a la falta de cobertura e inequidad, problemas originados en 5 factores:

(i) la tasa de cotización no se incrementó gradualmente como se había previsto desde el principio; (ii) el Estado incumplió su parte de la cotización; (iii) los excesivos beneficios, relativos a los aportes; (iv) la existencia de una amplia gama de regímenes especiales y de cajas administradoras; y (v) el cambio demográfico, que implicó menores aportes (cada vez menos jóvenes) y mayores gastos (la gente vivía más años). (FEDESARROLLO, 2010)

Todos estos elementos propinaron una herida certera a la sanidad financiera del sistema, fenómeno que se hizo evidente cuando la gente empezó a llegar a la edad de pensión. El sub-sistema encargado de administrar las pensiones de los trabajadores privados se constituía con aportes de los empleadores, empleados y del gobierno (es decir, de impuestos generales) y también mostró riesgos económicos que no podían ser solucionados sin una reforma estructural.

Además de lo anterior, se advirtió que el Instituto de seguros sociales se convirtió en una entidad monopolística de afiliación del sector privado creando en interior un sistema de solidaridad entre las distintas regiones y ramas de la producción industrial nacional; entre tanto CAJANAL cubrió solamente una parte del sector central del gobierno nacional, mientras que cada entidad o empresa pública que logró acumular algún poder lo utilizó no para fortalecer un sistema nacional de previsión social sino para fomentar segregación del sistema y conformar su propia entidad previsoras que no pudo con la carga financiera que se le impuso y terminó por colapsar todo el régimen. A la par que esto sucedía, las fuerzas armadas, la policía, el sector de las telecomunicaciones, el congreso, ECOPEPETROL y la superintendencia de notariado y registro,

entre otras instituciones, constituyeron otras doce (Bonilla, 2001) instituciones nacionales del mismo tipo, que junto con las 4 universidades públicas crearon un régimen exceptivo de mega prestaciones económicas que desangra aún hoy el patrimonio del Estado.

Esta forma en que se gestó el sistema de seguridad social público, resulto por desarticular y dispersar el mecanismo de solidaridad lo cual produjo una combinación de entidades de buena y mala calidad. La población empleada en el sector formal de la economía estaba parcialmente cubierta por varias instituciones de seguridad social, como ya se vio por un lado el Instituto del Seguro Social (ISS), a pesar de tener más de 40 años de desarrollo, afiliaba en 1992 a menos al 20% de la población, cifra muy inferior a la de 57% que había alcanzado América Latina, la cobertura a la familia del trabajador era mínima, sólo el 18% de las familias de los afiliados tenía derecho a la seguridad social y el grado de insatisfacción de los afiliados con los servicios que prestaba esta institución era muy alto. (Jaramillo, 1994)

El subsistema público de salud lo integraban los centros de salud y las redes de hospitales administrados por las distintas entidades territoriales a través de servicios seccionales de salud y a una escala macro por el Ministerio de Salud, quienes se financiaban fundamentalmente con recursos públicos de distintos niveles gubernamentales, pagos de cuotas de recuperación ajustadas a la situación socioeconómica de los usuarios y en algunos casos mediante donaciones. (Arbeláez & Carmona , 2005)

Los grandes problemas en el sistema nacional de salud para ese momento, se dieron porque a pesar de que se incluía un esquema con salud, pensión y riesgos, en realidad aquel funcionaba de manera desarticulada, el Ministerio de Salud tenía muy poca injerencia en la orientación del instituto de seguros sociales y de las demás entidades que lo conformaban y su protagonismo en la regulación del sector privado era restringida e inexistente. La segregación de la población en

subgrupos bajo criterios de capacidad económica y de pago representaba una fuente evidente de desigualdad e inequidad; era indiscutible que no existía en la práctica aplicación alguna del principio de solidaridad para la población de menos ingresos y con los escasos recursos no se lograba focalizar a los grupos más pobres. Con la gran demanda de servicios a causa de una sociedad enferma, se terminó perjudicando a la población de escasos recursos, en virtud de que no tenían la posibilidad de utilizar los servicios de seguridad social y de carga financiera que la normatividad le imponía para acceder y disfrutar de un derecho constitucional.

Estado de cosas, engendró como ya se dijo una falta de equidad en el sistema que se expresaba en la carencia de acceso a los servicios de salud, se optó por privilegiar el gasto en la atención de tipo curativo particularmente la más básica y se olvidó la atención de primer nivel junto con su infraestructura y acciones de promoción y previsión ; esta falta de desarrollo en la prevención y en los niveles especializados provocaron la saturación de los hospitales de mayor capacidad deteriorando su calidad.

Debido a dichos problemas esenciales de las normas reguladoras de la pensión, se profirió la ley 100 de 1993 que buscó desarrollar los mandatos constitucionales de la nueva Constitución Política; dicha norma creó el sistema general de pensiones cuyo objeto, es garantizar a la población el amparo frente a los riesgos de la vejez, invalidez, o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y ciertas prestaciones determinadas mediante la legislación. Así se creó por un lado el régimen de ahorro individual con solidaridad y por el otro, uno solidario de prima media con prestación definida. El primero está caracterizado porque (i) los aportes de los afiliados constituyen una cuenta de ahorro individual pensional, (ii) el afiliado asume el riesgo financiero de las inversiones que realice el fondo privado, (iii) el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado, (iv) en el caso de cesación de aportes durante periodos de tiempo puede cobrarse una

comisión por cesantía, y (vi) no es necesario cumplir con requisitos específicos de edad, sino que el acceso a la pensión depende del ahorro, aunque sí se establece un mínimo de semanas de cotización. (Ley 100 , 1993)

El segundo se caracteriza porque (i) los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, (ii) el afiliado no asume los riesgos financieros, (iii) el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización, y (iv) el tiempo cotizado no se afecta por ningún tipo de descuento en el caso en que el asegurado cesara de su empleo. Este régimen es administrado por un organismo estatal, responsabilidad que en la versión original de la Ley 100 de 1993 se le entregó al Instituto de Seguros Sociales. De igual manera, se consagran en la Ley 100 una serie de requisitos en términos de edad, ingreso base de cotización (IBC), y semanas cotizadas que, una vez se cumplen, permiten obtener unos beneficios fijos en función de estos factores. (Bonilla, 2001)

Luego el legislativo le realizó una reforma mediante la ley 797 de 2003, por medio de la cual se fortaleció el financiamiento al sistema, se amplió el número de personas obligadas a cotizar, en tanto ya no eran solo los trabajadores independientes sino también los dependientes; además incrementó las semanas de cotización a partir del 1 de enero de 2005, por lo que para obtener la pensión de vejez debía reunir como condiciones:

“(...) 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015...” (Ley 797 , 2003)

Posteriormente, se expidió la Ley 860 de 2003 con el fin de aprobar algunas reformas que habían sido propuestas en la Ley 797 de 2003, pero que fueron declaradas inexequibles por vicios de trámite en la Corte Constitucional, especialmente en relación con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, sin embargo, los requisitos quedaron fijados con la norma anterior. De acuerdo con Arrieta (2011), en su obra *“Las reformas del sistema pensional colombiano”*, las modificaciones se tradujeron, en (i) un aumento en la tasa de cotización o aporte de los afiliados; (ii) un incremento mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez; (iii) una modificación en las tasas de reemplazo empleadas en la liquidación de las pensiones de vejez en el subsistema de prima media; (iv) una reducción de la vigencia del periodo de transición establecido; (v) un fortalecimiento en las contribuciones al fondo de solidaridad pensional y en la reducción de las comisiones de administración de las Administradoras de fondos de pensiones; y (vi) la obligatoriedad de afiliación de todos los trabajadores independientes.

Como se puede advertir, estas reformas al sistema han perseguido la universalización del derecho a la pensión, mediante un aumento en la cobertura y la finalización de los regímenes especiales para someter a toda población a unos presupuestos generales en aras de lograr la equidad dentro del sistema y como una manifestación clara del Estado social de Derecho, fórmula política a la cual se afilió Colombia con la Constitución Política de 1991.

Como podemos observar, la seguridad social aparece entonces como un mecanismo institucional del Estado para financiar y garantizar el acceso de los trabajadores a sus prestaciones sociales; en Colombia es claro que se dio una fuerte diferencia entre el sistema de los trabajadores privados denominado seguridad social y el de los funcionarios públicos conocido como previsión social. Este concepto ha ido surgiendo en los países industrializados, pero también en los que están en vía de desarrollo desde finales del siglo XIX; en cuanto a la financiación a estado a cargo

principalmente del Estado aunque es evidente una creciente tendencia a que los usuarios tienen un importante papel en la financiación para evitar el colapso que tarde o temprano aflora cuando los sistemas son en buena parte atendidos por subsidios provenientes del erario público y en algunos casos se constituye incluso deuda interna o externa para mantener en funcionamiento el sistema; y pese a los esfuerzo de destinar un porcentaje del PIB este no resulta suficiente por la falta de responsabilidad y la subcultura de la corrupción.

Más recientemente el objetivo de la seguridad social no solo se centra en atender los riesgos de la sociedad industrial para los que lleven a cabo una actividad profesional sino que los esfuerzos se centran en suplir las carencias del sistema contributivo, la falta de protección por no reunir requisitos exorbitantes del legislador y así consagrar como objetivo social de los Estados la redistribución de la renta hacia sectores no protegidos y lograr la consecución del principio de Universalidad.

Entonces se podría decir que los sistemas de seguridad social contienen dos elementos, el primero se refiere de alguna manera a la idea de reducir la vulnerabilidad de los hogares frente a eventuales caídas de ingresos o a través de un mejor manejo del riesgo y el segundo al apoyo que requieren las personas y comunidades que se encuentran en situación de pobreza respecto de la muerte, la invalidez o la vejez. Al conjugarse estas dos nociones, es decir aseguramiento vs. Asistencia social y bajo una constante intervención pública, se permite la ayuda a las personas, familias y comunidades en situación de riesgo económico.

De esta manera y una vez realizado este recuento histórico normativo, a manera de conclusión podemos advertir las diferencias entre el modelo de seguros sociales obligatorios y de seguridad social, como lo indica Leonardo Cañón Ortegón, en su obra *“Una visión integral de la seguridad social”* (Cañón, 2003)

MODELOS	SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS	SEGURIDAD SOCIAL
PARAMETROS		
1. Origen	Responsabilidad civil y seguro privado	Principio de solidaridad
2. Beneficiarios	Trabajadores asalariados	Ciudadanos o individuos
3. Contingencias	Riesgo de la actividad laboral	Necesidades sociales
4. Prestaciones	Según riesgos	Según necesidades
5. Criterio de participación	Actividad profesional Proporcionalidad	Situación social Igualdad
6. Aportes	Según salario	Según ingreso
7. Financiación	Recursos: cotizaciones de trabajadores y empleadores Técnica: capitalización Carácter: contributivo	Recursos: impuestos Técnica: redistribución Carácter: distributivo
8. Administración	Privada – Multiplicidad	Estatal – Unidad
9. Metas	Población activa Asalariada	Toda la población Garantía de un mínimo de protección social.

IDEOLOGÍA	SELECTIVO	RESIDUAL	COMPRESIVO
MODELOS	Conservador: Alemania y Francia	Liberal: Inglaterra y Holanda	Social-demócrata: Suecia, Noruega y Finlandia.

OBJETIVOS	<ul style="list-style-type: none"> - Garantizar los estándares de vida previos a la jubilación. - Promover el valor del trabajo, el Estado y la familia. - Promover las diferencias de estatus. 	<ul style="list-style-type: none"> - Garantizar el nivel de vida de subsistencia. - Promover el trabajo ético y eficiente. - Promover la igualdad de oportunidades 	<ul style="list-style-type: none"> - Garantizar ciertos niveles de vida. - Promover la nacionalidad y la ciudadanía.
SIGNIFICADO	Compensación por la pérdida económica.	Atender las necesidades económicas mínimas.	Prevención de las necesidades.
POBLACION PROTEGIDA	La población que trabaja.	La población con necesidades básicas.	Prevenir las necesidades económicas.
BENEFICIOS	Derechos según trabajo.	Seleccionando según las necesidades.	Derecho universal.
COBERTURA	Según la posición social o económica: ocupación familiar, etc.	Individual.	Individual.
CRITERIOS PARA CALCULAR EL MONTO DE LOS BENEFICIOS	Ingresos o salarios obtenidos y contribuciones hechas	Selección según necesidades.	Con necesidades y ausencia de recursos.
ADMINISTRACION	Representantes de los empleadores, trabajadores y del Estado	Instituciones estatales.	Instituciones estatales.
FUENTE DE FINANCIAMIENTO	Contribuciones o aportes a la seguridad social	Impuestos.	Impuestos.
SISTEMA DE FINANCIACION	Fondo de capitalización a largo plazo	Reparto, según necesidades	Reparto, según necesidades.

El Régimen de Transición de la Ley 100 Para los Servidores Públicos

De forma genérica el régimen de transición es una institución jurídico política establecida por los Estados propio de la prestación social denominada pensión de vejez que opera en el régimen de prima media con prestación definida del sistema general de pensiones regulado en la ley 100 de 1993. Dicho sistema general contempla dos regímenes que garantizan a las personas afiliadas y a sus beneficiarios cuando sea el caso varias prestaciones sociales, como es el caso de la pensión de vejez, la pensión de invalidez, la pensión de sobreviviente y el auxilio funerario; el primero es,

el de prima media con prestación definida, en el que los aportes de los afiliados, los aportes de los empleadores y los rendimientos de dichas sumas de dinero constituyen un fondo común de naturaleza pública, sumado a que el monto de la pensión es preestablecido así como la edad de la jubilación y las semanas mínimas de cotización; este régimen es administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

El segundo sistema, es el de régimen de ahorro individual con solidaridad, a través del cual se abona un valor de cotizaciones por parte del beneficiario otra proveniente de los empleadores, algunas voluntarias que decidan hacerse, bonos pensionales y subsidios del Estado si los hubiere que junto con los rendimientos de dichas sumas de dinero, constituyen la cuenta individual; allí el monto de la pensión es variable y depende estrictamente del valor acumulado durante los años en la cuenta, también se tiene en cuenta la edad a la cual decida retirarse el afiliado, el número de semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. Estos dos sistemas confluyen y existen en este momento en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la ley 100 de 1993 y sus modificaciones posteriores, no obstante, es necesario dar una mirada al régimen de transición que dicha normatividad contempla con el fin de determinar cómo quedó funcionando el sistema pensional para aquellos que tenían una expectativa legítima de pensionarse.

La creación un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes si bien no han adquirido el derecho a la pensión por haber adquirido los requisitos para ello tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse en el momento del tránsito legislativo. Los adquiridos constituyen o presuponen básicamente la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento; entre tanto en las excepciones tales presupuestos

no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que llegue a consolidarse en el futuro si no se produce un camino relevante en el ordenamiento jurídico; por lo que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a leyes vigente en un determinado momento. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece la potestad configurativa de aquel, la cual permite al órgano legislativo darle prioridad a otros intereses que permiten el adecuado conforme o en armonía de los fines del Estado social de Derecho. (Constitucional, C-613, 1996)

Desde una perspectiva teórica, el régimen de transición es un beneficio que la ley expresamente reconoce a los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida que al encontrarse en vigencia de la ley 100 de 1993 tenían 35 o más años, si eran mujeres o 40 o más si eran hombres; o 15 o más años de servicio cotizados sin importar si era hombre o mujer, siempre y cuando en ambos supuestos estuviera vigente la relación laboral. Luego entonces, dicho beneficio consiste en el derecho de adquirir la pensión de vejez o jubilación con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exijan en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley ; por lo tanto estas condiciones relativas al monto mismo de la pensión no se rigen por la nueva normatividad si no por las disposiciones que regulaban el sistema pensional al cual se encontraba afiliado en el momento de entrar a regir dicha norma.

Como se pudo advertir la Ley 100 de 1993 derogó los regímenes especiales pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado, no obstante, en aras de proteger las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a acceder a la pensión de jubilación consagrados en toda la pluralidad de regímenes anteriores el legislador estableció un régimen de transición. La Corte Constitucional (2013) ha definido dicho régimen como:

“...un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo...” (C-253)

De acuerdo con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para acceder a la transición, se debe acreditar algunas condiciones, permitiendo que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios. (Ley 100 , 1993) Es decir, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto, serían establecidos con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas al momento de entrar en vigencia la ley, pero en todo caso, siempre y cuando tuvieran 35 años las mujeres y 40 los hombres o 15 años de servicio.

Entonces sobre el particular caso de los servicios públicos, aquellos que ingresaron al régimen de transición, quedaron sometidos al régimen pensional de la ley 33 de 1985, que disponía que el empleado que hubiera servido 20 años continuos o discontinuos y llegara a 55 años, tendría derecho a que la caja de previsión a la cual estuviera afiliado le pagara un pensión mensual igual al 75% del salario promedio que servicio de base para los aportes durante el último año de servicio (Ley 33, 1985). Por su parte, también se encuentra el Decreto 1045 de 1978, que establece algunas reglas para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de empleados públicos y otros

afiliados al sector nacional; en el artículo 45 se indica los factores de salario para la liquidación de la pensión, aquella normatividad impera que:

“...Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968...” (Decreto 1045, 1975)

Finalmente, se debe traer a colación el artículo 1° de la ley 100, que indica que el objetivo de la nueva norma sobre el sistema de seguridad social:

“es garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro...” (Ley 100 , 1993)

Como características del nuevo sistema de seguridad social podemos observar que, la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes; la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la ley 100; los afiliados tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la ley; la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en aquella ley; los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran.

Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la

vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio; para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.

En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley.

El fondo de solidaridad pensional está destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados.

Creó una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley.

La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados.

Ningún afiliado puede recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.

Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

En ningún caso a partir de la vigencia de aquella ley, puede sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco pueden otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo.

Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, en los términos de esta ley y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.

El sistema general de pensiones propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles; los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la ley; los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la ley. (Ley 100 , 1993)

Esta forma de disposición normativa se dio con la finalidad de proteger las situaciones creadas y consolidadas bajo el imperio de la ley anterior, pero también la expectativa legítima de quienes

estaban a punto de adquirir el derecho pensional, con la posibilidad de en efecto ver modificadas en ciertos aspectos sus esperanzas. Sobre el particular, se puede traer a colación las palabras de Louis Josserand cuando afirmó que:

"Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados bajo su protección continuarán intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad.... Las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los 'castillos en el aire': tales como las 'esperanzas' que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espera ha de corresponderle algún día. En general, las simples expectativas no autorizan a quienes son presa de ellas a realizar actos conservatorios; no son transmisibles; y como ya lo hemos visto, pueden ser destruidas por un cambio de legislación sin que la ley que las disipe pueda ser tachada de retroactividad" (Derecho Civil. Tomo I. Vol. I)

Así entonces, es claro que el nuevo presupuesto de pensional en el fondo no alteró los derechos adquiridos sino por el contrario modificó las meras expectativas, en tanto es claro que el legislador dispone de un amplio margen de configuración en aras de fijar las condiciones necesarias y generales para acceder al régimen de transición, de ahí que en todo caso no podía transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tenían los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiraban a recibir la pensión. (Muñoz, 1996) Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo y por el contrario, (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido,

sí es una expectativa legítima sujeta a especial protección por rango superior, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales establecido ya desde el bloque de constitucionalidad, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, quedaron exceptuados de la ley 100 de 1993, los regímenes especiales del presidente, las fuerzas militares y de policía, los vinculados al Magisterio e hidrocarburos; posteriormente se expidió el acto legislativo 01 de 2005, cuyo principal objetivo fue homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema, mediante la eliminación de los regímenes especiales; la anticipación de la finalización del régimen de transición reglamentado en la Ley 100 de 1993 del 2014 al 2010, salvo en la hipótesis de personas que tenían cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de la reforma; eliminación de la mesada 14; y el establecimiento de la regla para las personas que no estuvieran cobijadas por el régimen de transición, de que las semanas cotizadas necesarias para pensionarse irían en un incremento constante, estableciéndose 1.200 semanas para el 2011, 1.225 para el 2012, 1.250 para el 2013, 1.275 en 2014 y de 2015 en adelante, 1.300 semanas o lo equivalente a 26 años.

La reforma también determinó reglas unificadas para el Sistema General de Pensiones y consagró los siguientes presupuestos: (i) las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, debían asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas; (ii) para adquirir el derecho a la pensión era necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las

demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones; (iii) los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serían los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones y no era posible dictar disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido; y (iv) a partir de la vigencia del Acto Legislativo no resulta jurídicamente válido establecer en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Asimismo, y en relación con la liquidación de las pensiones se dijo que el ingreso base de liquidación solo tendría en cuenta los factores sobre los cuales las personas hubieran efectuado las cotizaciones y manteniendo un tope, de suerte que los regímenes especiales expirarían el 31 de julio de 2010 y el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de agosto de 2010 como se dijo en líneas anteriores. Escenario que demuestra el recelo del constituyente para salvaguardar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de quienes estaban a punto de recibir la pensión.

Los Derechos Adquiridos y las Meras Expectativas el Debate por la Reforma de la Ley

100.

Las modificaciones al régimen pensional en Colombia han impuesto la necesidad de la protección de los derechos adquiridos con base en la Constitución Política de 1991; la cual surge del amparo al derecho a la propiedad privada y que se encuentra estrictamente ligada con las discusiones de la vigencia en el tiempo de las leyes. La doctrina acerca del principio de los

derechos adquiridos nace como desarrollo del artículo 2º del Código Civil francés, según el cual “*la ley solo dispone hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo*”. (Valero Rodríguez, 2012)

Desde una perspectiva doctrinal, encontramos autores como Merlín de Doual (1963) que resalta que los derechos adquiridos son aquellos que ingresan al patrimonio de una persona por haberse cumplido con los requisitos previstos por la normativa para el efecto, sin que sea necesaria una declaración de una autoridad⁵ (Merlín de Douat, 1963) . Los derechos adquiridos así entendidos son exigibles y no pueden ser afectados por leyes posteriores. Los hermanos Mazeaud (1963) consideran que derecho adquirido es aquél “*que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente*” y, expectativa, “*es una esperanza no realizada todavía*”; por tanto, “*los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto*”, y consideran que “*la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa*”. (Henri, 2001)

⁵ Define el derecho adquirido como “*el derecho perfecto, aquél que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a entrar en vigor la ley nueva*”, y agrega, que “*lo pasado, que queda fuera de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente*”. Fiore, Pascuale, “*De la Irretroactividad e Interpretación de las leyes*”, Editorial Reus, 2009.

Blondeau, por su parte, intenta definir los derechos adquiridos a partir del tipo de protección que deben recibir las “expectativas” fundadas en una normativa dentro de un ordenamiento; los derechos adquiridos son esperanzas que no deben ser vulneradas, las expectativas legítimas las que pueden serlo en razón de motivos de mayor importancia. Este autor establece ciertos parámetros para diferenciar los niveles de protección de las esperanzas:

“1. Entre más lejana e incierta sea la realización del hecho del que depende el derecho, más débil es la esperanza;

2. La efectividad del derecho se afianza con su posibilidad de transmitirlo;

3. Es más importante el derecho que ya se está efectivamente ejercitando;

4. La esperanza que se funda en la intención del legislador es más considerable que la que, aun estando fundada en ley, no se corresponda con dicha intención. El estudio realizado por este autor se refiere a esperanzas violables e inviolables, lo que implica que no todas las expectativas pueden ser desconocidas, ni todos los derechos efectivos pueden ser protegidos”.

(Citado por Valero Rodríguez, 2012)

Otros doctrinantes proponen definiciones más amplias que permiten desarrollar la idea de derechos adquiridos a situaciones que no son solamente de índole patrimonial; sin embargo, estas conceptualizaciones continúan centrando su atención en la dificultad de ser afectadas por regulaciones posteriores. Por ejemplo, Bonnacase 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 ser reemplazada por la de “*situación jurídica abstracta*”.

Según este autor, “por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada”, 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”; esta última “constituyen el campo sobre el cual no puede tener efecto la nueva ley”. (Bonnecase)

Para Beudant (año) citado por Consejo de Estado (1983) (*‘Cours de droit civil français’*. Introd., núm. 126), *“Es evidente que la ley nueva no puede perjudicar los derechos adquiridos en virtud de la antigua. Por consiguiente, las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley quedan sometidas a esta ley aun cuando ellas no se realicen sino bajo el imperio de la ley nueva, cuando ellas se relacionan a su causa como un resultado necesario y directo, porque ellas constituyen un derecho adquirido desde la aparición de la causa a la cual se relacionan’.*”

Doctrinantes más contemporáneos formulan nuevas propuestas para el entendimiento de los derechos adquiridos a partir de cuestionamientos sobre las nociones clásicas. Por ejemplo, el doctrinante Paul Roubier, en vez de la noción patrimonialista de derechos adquiridos, prefiere la noción de situación jurídica en curso y el principio del efecto inmediato de las leyes sobre las situaciones jurídicas en curso. Así, dicho autor distingue entre la creación de una situación jurídica y sus efectos. Según esta diferenciación, una nueva ley se puede aplicar inmediatamente a situaciones jurídicas en curso y también es aplicable a los efectos futuros de ésta, nacida anteriormente a su entrada en vigor. En este sentido, Roubier considera que una ley es retroactiva solo cuando pretenda regir situaciones jurídicas que han sido creadas y han producido la integralidad de sus efectos antes de su entrada en vigor; en este orden de ideas, la nueva ley no puede cuestionar de forma alguna las condiciones de la creación de una situación jurídica en curso,

ni sus efectos pasados. Por el contrario, la nueva ley, bajo ciertas condiciones, es aplicable a los efectos futuros de una situación jurídica nacida antes de su entrada en vigor. (Larroumet, 1995)

En esta misma línea encontramos a Yannakopoulos (1996), quien aduce que la visión clásica de los derechos adquiridos parte de *“un análisis [el de la posición atemporal] exclusivamente fundado sobre el concepto de acto administrativo unilateral creador de derechos que como todo análisis que se apoye sobre la sola consideración del acto jurídico y del momento en su entrada en vigor, reduce la aproximación al concepto de derechos adquiridos a meras consideraciones formales y por consiguiente atemporales”*. (La notion de droits acquis en droit administratif français,, 1996)

De igual manera Zuleta Ángel, citando a Pierre Teste, afirma que:

“...La ley nueva debe aplicarse inmediatamente, pero no debe ser retroactiva. La aplicación inmediata implica cierta influencia, que hemos calificado de normal y regular, sobre los hechos jurídicos anteriores. La retroactividad, por el contrario, consiste en una influencia exorbitante sobre esos mismos hechos. Los autores clásicos no siempre reconocieron esa doble verdad; muchas veces llamaron efecto retroactivo lo que solamente era una aplicación inmediata de la ley, lo que explica el gran número de excepciones que tuvieron que formular respecto de la regla del artículo 2.

Recordado este principio, debemos decir que la ley nueva debe respetar la validez inicial, la eficacia fundamental de un derecho adquirido antes, pero que los efectos de ese derecho caen bajo la influencia normal y regular de esa misma ley. La eficacia de un derecho, es decir, su validez, es un derecho adquirido, pero no los efectos, es decir las facultades jurídicas que la ley le asigna. Lo que ha provocado la confusión en la cual incurren los autores clásicos es

el hecho de que ellos designan con el mismo vocablo dos cosas diferentes: la eficacia o la validez de un derecho y sus efectos. Hablan indiferentemente, en una y otra hipótesis, de los efectos de un hecho jurídico preexistente y no aciertan a determinar cuáles son los efectos que tienen el carácter de derechos adquiridos y cuáles carecen de él.

Es pues, en gran parte, por una cuestión de terminología por lo que nos separamos de los autores clásicos. Cuando éstos, para fijar la aplicación de una ley nueva, se preguntan con perplejidad si están en presencia de efectos que tienen o no el carácter de derechos adquiridos, nosotros, por nuestra parte, decimos: se trata de una ley que tiene por objeto el modo de adquisición de un derecho y por lo tanto su eficacia, o se trata de una ley que, por el contrario, transforma los efectos o las consecuencias jurídicas de los derechos adquiridos. En el primer caso la ley no puede tener ninguna influencia normal sobre los hechos anteriores; en el segundo caso ella ejerce una influencia normal aún sobre los hechos pasados.

Proponemos pues el doble principio siguiente: el modo de adquisición de un derecho se rige únicamente tanto en lo que concierne a sus condiciones de forma como en lo que respecta a sus condiciones de fondo por la ley en vigor en el momento de la adquisición del derecho; la ley que viniera a modificar ese modo de adquisición no podría regir los derechos ya adquiridos sin ser retroactiva, sin asignarse una influencia exorbitante sobre los hechos jurídicos anteriores.

La ley relativa a los efectos de un derecho gobierna los derechos adquiridos en el sentido que ella rige los efectos futuros de ese derecho, y al hacerlo no tiene un efecto retroactivo; su influencia sobre los hechos antiguos es normal y regular.

Cuando hablamos de la adquisición de un derecho, la palabra derecho puede prestarse a equívocos: se trata de una calidad, de un estatuto, de una situación constituida a la cual le están asignadas facultades sancionadas por la ley. La calidad, una vez adquirida, subsiste, mientras que las facultades que de ella dependen, varían con los cambios legislativos.

Estos autores proponen una acepción dinámica de derechos adquiridos según la cual debe diferenciarse el surgimiento del derecho de sus efectos; el derecho surge del agotamiento de las hipótesis previstas en la normativa, es decir, responden a situaciones agotadas, mientras los efectos se proyectan hacia el futuro y pueden ser variados en virtud nuevas normas. A partir de una mirada constitucional podemos advertir que la misma Carta Política protege los derechos adquiridos de la retroactividad de la norma es decir, de situaciones ya formadas y no las condiciones de generar del derecho, lo cual significa que quien este disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidaron de forma escalonada o en un tracto sucesivo, como por ejemplo la pensión, el salario, las prestaciones sociales etc., tienen un derecho objetivo amparado y susceptible de protección, pero los efectos que aún no se han consolidado son posibles de ser modificados por leyes posteriores en virtud de las finalidades del Estado, pero por supuesto con sujeción a los principios que la propia Constitución impone.

Conforme a lo anterior, en principio la ley no puede afectar una situación jurídica concreta y consolidada, que ha permitido que un derecho ingrese al patrimonio de una persona, por haberse cumplido todos los supuestos previstos por la norma abstracta para el nacimiento del *iure proprio*. Una modificación de esa situación está en principio prohibida por desconocer derechos adquiridos (Const, 1991, art 58). Pero en cambio, si puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y

le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento de aquel.

En este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar, sin que en manera alguna pueda afirmarse que por esta sola circunstancia haya violado derechos adquiridos, pues, se repite, la ley rige hacia el futuro y nadie tiene derecho a una eterna reglamentación de sus eventuales derechos y obligaciones. Y es que, si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida. (Const, C-038, 2004). Se podría decir a manera de ilustración que, en virtud de esta nueva forma de entender la tesis de los derechos adquiridos, el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si ello sucede implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos.

La Cuestión de Debate Jurisprudencial de los Últimos Años.

Con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema pensional de los servidores públicos estaba conformado por una diáspora de regímenes individuales que regulaban en forma particular y específica las condiciones para acceder al derecho pensional de cada uno de los servidores públicos de conformidad con criterios como la entidad a la que prestaban sus servicios o sus tiempos de cotización al sector público⁶.

⁶ Al respecto véase, Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público"; Decreto 546 de 1971 "Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de sus familiares"; Decreto 929 de 1976 "Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares", entre otros.

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el legislador tuvo como objetivo salvaguardar los principios constitucionales de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que intentó unificar el régimen pensional de los servidores públicos, aplicando de manera univoca aquel precepto legal a quienes ostentaban tanto la calidad de empleado público como de trabajador oficial. En el artículo primero de la precitada ley se preceptuó:

“(...) tendrán derecho a la pensión de jubilación en un equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado como salario durante el último año de servicio, aquellas personas que hubiesen servido durante 20 años al Estado y cumplieren la edad de 55 años, sin importar a que caja estuvieren cotizando y si eran hombre o mujer”.

Los requisitos, y el espíritu de la Ley 33 de 1985, respecto de la forma de liquidar la pensión de los servidores públicos de la integración pretendida, es sustancialmente transformada con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuyo fin primordial fue plasmar un criterio general y univoco, sin distinción alguna respecto de la calidad del trabajador, a saber, empleado público, trabajador oficial o particular.

Al respecto la referida norma dispuso para el reconocimiento de la pensión de jubilación que se requerían un total de 1000 semanas cotizadas y 55 años para el caso de las mujeres y 60 para los hombres; disposición normativa que fue modificada a través del Acto Legislativo 01 de 2005, donde progresivamente se aumentó el número de semanas requeridas para adquirir el estatus pensional hasta llegar a un tope máximo de 1300 semanas; en igual forma se aumentó la edad requerida para acceder al derecho, requiriendo para tales efectos las mujeres un total de 57 años y los hombres una edad mínima de 62 años. En igual forma la norma en cita dispuso que el ingreso de base de liquidación de las pensiones que se causaren en su vigencia se determinaría por el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años previos a la adquisición del derecho pensional.

En vista de las condiciones menos beneficiosas allí consignadas frente a las dispuestas por las disposiciones normativas anteriores, y la existencia de expectativas legítimas de los afiliados que venían cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la Ley 100 de 1993 determinó un Régimen de Transición según el cual y de conformidad con el artículo 36 de la norma:

“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”.

Sin embargo, la aplicación del Régimen de Transición ha significado para la doctrina y la jurisprudencia motivo de diferencias conceptuales y punto de divergencia en su interpretación, tensión que se pretende decantar en las líneas que a continuación se desarrollan.

De conformidad con la doctrina expuesta por el profesor Medina (2006) consideramos que las sentencias analizadas tienen efectos de vinculatoriedad del precedente, es lo material en las similitudes de los casos desde el punto de vista de los problemas jurídicos, que funcionan en calidad de punto arquimédico, pues se ajustan a las explicaciones y razones dadas al respecto, empezando por las providencias del Consejo de Estado desde el año 2010 y sentencias de la Corte Constitucional desde el 2013 siendo estas las razones a juicio de López (2006) está la verdadera semejanza entre las sentencias.

El desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional, se ha desplegado a lo largo del tiempo de formas diversas, una primera postura, se dio con la unidad de criterios entre la aquella y el Consejo de Estado. Desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición ha sido objeto de un sin número de pronunciamientos judiciales tendientes a delimitar el concepto, sus elementos y su campo de aplicación. En tal sentido, el Tribunal de Cierre de lo Contencioso y el protector de la Constitución Política asumieron a través de su jurisprudencia múltiples tesis frente al ingreso base de liquidación pensional, dentro de las cuales destacan las que consideran que al momento de liquidar el valor de la asignación pensional: debían incluirse la totalidad de los factores devengados por el trabajador; *ii*) solo podían incluirse los factores sobre los cuales se hubieren realizado los respectivos aportes y, una postura adicional según la cual solo podían tenerse como factores aquellos expresan y taxativamente dispuestos por la Ley.

El primer pronunciamiento que será objeto de análisis en los capítulos posteriores, es la sentencia de unificación del cuatro (4) de agosto de 2010, proferida por la sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, , 2010), en la que se concluyó que:

Las normas que regulan los regímenes pensionales previos a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no indican en forma taxativa los factores salariales que componen el ingreso base de liquidación pensional, de tal suerte que, no se impide la inclusión de otros valores efectivamente devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios que constituyan salario, lo anterior de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades , el principio de progresividad y el principio de favorabilidad en materia laboral.

Dicha interpretación no riñe con el principio de protección al erario público, como quiera que, frente a aquellos factores que no han sido objeto de deducción de Ley siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar al momento de la reliquidación.

Tales premisas fueron aceptadas de forma pacífica, uniforme y reiterada en múltiples ocasiones a través de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular por parte del Consejo de Estado, en razón de que se vio como una interpretación que garantizaba la protección de los derechos pensionales de los administrados por ser la hipótesis más favorable a sus intereses. De forma similar la Corte Constitucional a través de sus providencias asumió el criterio unificado de la jurisdicción contencioso administrativa, reproduciendo el referido criterio en sus sentencias v. gr. sentencia T – 771 de 2010, en donde en el marco de la revisión de una acción de tutela instaurada por un exmagistrado del Consejo de Estado determinó:

“Se concluye entonces que la jurisprudencia ha ordenado el respeto a la integralidad del régimen de los Congresistas, especialmente ha señalado que aquellos tienen derecho a una pensión de jubilación no inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio. Por otro lado, teniendo en cuenta que el legislador ha extendido los beneficios dados a los Congresistas, a los Magistrados de las Altas Cortes, también gozan de tal derecho en el momento de la liquidación de la pensión”⁷.

Postura que se mantuvo entre estas alta Corporaciones hasta el 2013, momento para el cual se profiere la sentencia de constitucionalidad 258, en donde se fractura la unidad de criterios con referencia al asunto. A esta providencia, la denominamos la segunda postura adoptada y constituye

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, expediente T-2565525, providencia del 23 de septiembre de 2010.

el germen de desintegración de la postura ya consolidada. Derivado de la acción pública de constitucionalidad ejercida en contra del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la Corte Constitucional profirió sentencia C-258 del siete (07) de mayo de 2013, por medio del cual se gestó la escisión de criterios, en tanto se determinó por parte de la aquella que:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene expresamente la autorización de aplicación ultractiva de los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de reemplazo, contenidos en el régimen al que se perteneciera con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma transitoria, de tal suerte que, el Ingreso Base de Liquidación no fue un elemento sujeto a transición, por lo que debe acudirse a lo dispuesto por la norma general vigente.

Frente a los factores salariales, determinó el tribunal constitucional que sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por los beneficiarios, que deriven como remuneración directa del servicio y sobre los cuales efectivamente se hubiesen realizado las respectivas cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones.

No obstante, aclara la Corte a lo largo de la providencia que los criterios interpretativos derivados del análisis de constitucionalidad de la norma acusada en la citada sentencia, solo resulta aplicables al régimen pensional especial de los congresistas contenido en la Ley 4 de 1992, por situarse dicho grupo poblacional en condiciones privilegiadas que deben ser tratadas en forma diferenciada.

Posteriormente, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo (2014), afirmó frente al marco de aplicación de la referida sentencia de constitucionalidad que:

“Resulta de vital trascendencia señalar que la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, cuando analizó de manera detallada el contenido del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 a la luz

de las distintas interpretaciones judiciales, fue clara en señalar que las decisiones adoptadas y las consideraciones realizadas en la misma, se aplican respecto al régimen pensional previsto en él, y no pueden extenderse de manera general a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, por el carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad, y en atención a las características de cada régimen, que impiden extender automáticamente las consideraciones realizadas frente a uno u otro”⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Lo anterior supuso como premisa que, frente a los regímenes “no privilegiados” del sector público cobijados por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en criterio del Consejo de Estado, no les eran aplicables tales conclusiones, lo que supuso que dicha Corporación y, en general, la jurisdicción contencioso administrativa siguió dando plena aplicación a lo dispuesto en la sentencia de unificación del cuatro (04) de agosto de 2010 del nombrado tribunal. Sin embargo, es en este punto donde inicia la gestación de interpretaciones frente a la extensión de los efectos del fallo de constitucionalidad respecto a todo tipo de régimen pensional cobijado por el régimen de transición, sin distinción de ningún tipo.

Las referidas dificultades de interpretación de la sentencia de constitucionalidad significaron el nacimiento de diferencias irreconciliables entre las entidades de previsión del sistema pensional y la asumida por los jueces y tribunales administrativos; y estos últimos frente a las decisiones que en sede de revisión de tutela la Corte Constitucional profería y en los que hacía extensivo el criterio a la totalidad de los afiliados beneficiarios del régimen de transición. Como consecuencia de tal

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, expediente 25000-23-25-000-2011-00703-01(0929-13), del 10 de julio de 2014.

disparidad, el máximo tribunal guardián de la Constitución, se dio a la tarea de unificar su criterio frente a las controversias interpretativas que derivaron de la providencia del 2013.

Con el fin de resolver las controversias suscitadas frente al marco de aplicabilidad de los criterios sentados en la decisión C-258 de 2013, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU 230 del veintinueve (29) de abril de 2015, por medio de la cual se desató la tensión derivada de los fallos de tutela de primera y segunda instancia, proferidos en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ocasión a una determinación mediante la que se consideró que el derecho pensional del trabajador oficial quien se encontraba sujeto al régimen de transición, debía liquidarse de conformidad con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años y no con el promedio del último año de servicios.

En aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional concluyó que:

Dicha Corporación desde antaño había reconocido que el monto y la base de liquidación forman una unidad inescindible, lo que supone que para aquellos beneficiarios del régimen de transición no les resultaba aplicable lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con relación al Ingreso Base de Liquidación del derecho pensional.

No obstante, reconoce que con la sentencia C-258 de 2013, se apartó de dicha postura y generó un cambio jurisprudencial que, de conformidad con los argumentos allí contenidos, no pueden limitarse únicamente al régimen especial de los congresistas, sino que debe hacerse extensible a todos los beneficiarios de los regímenes especiales.

Por último, rescató y apoyó el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el concepto de “monto” sólo puede hacer referencia al porcentaje más no a la base salarial de liquidación del derecho pensional, de tal suerte que, en dialogo con la nueva

postura sentada por la Corte Constitucional, se concibe que el Ingreso Base de Liquidación debe ser gobernado por el actual régimen pensional.

Con la expedición de la referida providencia se declaró por la Corte Constitucional una línea de interpretación que pretende permear la totalidad de los regímenes amparados por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en confrontación directa con la postura declarada por el Consejo de Estado que nació desde el 2010. Ello implicó para los afiliados al sistema un sería incertidumbre frente a su derecho pensional, generando entre los administrados que acudían ante la jurisdicción una sensación de inseguridad que ahora compartían al interior los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, y que llevó a que se profirieran las primeras sentencias que en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho negaban las pretensiones de reliquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición con fundamento en el criterio sentado por la Corte Constitucional.

Ante tal disparidad de criterios, la corporación de cierre en materia contencioso administrativa consideró relevante unificar su criterio y de suyo extenderlo entre los operadores jurídicos de su jurisdicción, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de los elementos constitutivos del Régimen de Transición en los asuntos de su conocimiento. Así, nace nuestra tercera postura, la que se dio en el marco de un choque de trenes y de enfrentamiento interpretativo de la norma que terminó por afectar a los ciudadanos que acudieron a la jurisdicción. A través de la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consideró frente a la postura gestada y asumida por la Corte Constitucional en punto del Ingreso Base de Liquidación como criterio sometido a transición y factores salariales para efectos de la determinación del derecho pensional, que:

“Sea lo primero anotar que los argumentos de la sentencia C-258 de 2013 giran en torno de un régimen de privilegio, el cual se encuentra establecido en la Ley 4 de 1992, aplicable al reconocimiento pensional de los altos funcionarios del Estado, los cuales en diversos casos superaban de forma desbordada los montos que se pueden reconocer a quienes se encuentran a la expectativa de obtener una pensión de vejez bajo los diversos regímenes establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

En este punto, es dable anotar que la Corte Constitucional no pretendió extender los efectos de su sentencia a cada uno de los regímenes especiales pensionales aplicables a los ex servidores del sector público, que aún se encuentran vigentes por el régimen transición consagrado en la Ley 100 de 1993, de una parte porque tales regímenes tienen una justificación y una racionalidad que debe ser examinada al momento de decidir el derecho pensional reclamado, y de otra porque este argumento no fue estudiado por la Corte Constitucional en la C-258 de 2013”⁹.

Es más dentro de las consideraciones de la referida sentencia se abordó el estudio de la antes referida SU-230 de 2015, y al respecto se manifestó que:

“(…) la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Segunda, C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13), sentencia del 25 de febrero de 2016.

Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria”.

Finalmente, el Consejo de Estado (2016) reafirmó su postura tradicional frente a la controversia suscitada con ocasión al cambio de criterio por parte de la Corte Constitucional, poniendo de manifiesto que:

“1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) 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”.

3) *Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*

4) *La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.*

5) *Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.*

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad”.

Con fundamento en los argumentos que se citan, la corporación de cierre en materia contencioso administrativa dejó claro que disintió absolutamente del criterio adoptado por la Corte Constitucional, con lo que se declaró una controversia que llevó a que los jueces y tribunales de todo país adoptaran decisiones contrarias frente a idénticos supuestos de hecho.

Ante tal estado de cosas, en refuerzo de la segunda postura a la cual se había adherido por interpretación normativa la Corte Constitucional y con el fin de reafirmar aún más discusión entre las corporaciones de cierre, se profirió la sentencia de unificación 397 de junio de 2017, en la reafirmó nuevamente que:

“Vistas, así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio 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, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias

derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión”¹⁰.

A lo largo del análisis jurídico e interpretativo de los casos objeto de estudio, el Tribunal Constitucional resulta ser enfático en su criterio, recordando en múltiples ocasiones que el Consejo de Estado incurre en violación directa de la Constitución por el desconocimiento de la línea jurisprudencial construida por dicha Corporación, y finalmente dejó sin valor ni efecto las sentencias de la jurisdicción contenciosa, en consecuencia ordenó inaplicar el criterio decantado por el Consejo de Estado y en su lugar se acogiera íntegramente la interpretación según la cual el Ingreso Base de Liquidación no es un elemento sujeto a transición en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por último, nuestro estudio jurisprudencial, se centrará en desarrollar, la cuarta postura que dio fin al debate entre la Altas Cortes; para lo cual se tendrá en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, que zanjó la discusión que por años perduró con la Corte Constitución respecto de los elementos que conforman el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; en aquel pronunciamiento determinó el Órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa:

“Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, M.P. Dr. LUÍS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Expedientes T-3.358.903, T-3.358.979, T-3.364.831, T-3.364.917 y T-3.428.879 (Acumulados), Sentencia Su-395 del 22 de junio de 2017.

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones". (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,, 2018)

Como se puede verificar de la lectura del criterio unificado del Consejo de Estado, la misma guarda identidad con la que a partir de la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional venía pregonando. A pesar que en principio pareciera que el Tribunal Constitucional impuso su criterio,

no es menos cierto que los consejeros no aceptaron plenamente su parecer y a lo largo de la providencia plasman una serie de subreglas tacitas que excluyen de su decisión a determinados grupos poblacionales, y fija además los efectos de su providencia, así:

En primer lugar, excluyó expresamente del criterio de unificación de la providencia a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, considerando que su régimen pensional se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, y exceptuados del Sistema de Seguridad Social por disposición expresa de la Ley 100 de 1993.

Los efectos de la sentencia de unificación se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial que encuentren identidad fáctica y jurídica.

Se impide expresamente la posibilidad de alegar el derecho a la igualdad so pretexto de inaplicar o desconocer la referida providencia.

Se cerró la posibilidad de aplicar el nuevo criterio adoptado a los asuntos frente a los cuales ya haya operado el fenómeno de la cosa juzgada, y expresamente limita la posibilidad de que dichas pensiones se consideren que fueron revisadas o reliquidadas con abuso del derecho o fraude a la Ley, como quiera que tales derechos reconocidos los fueron bajo el criterio que venía sosteniendo la Corporación a partir del entonces criterio unificado en sentencia del 4 de agosto de 2010.

A manera de conclusión de este capítulo se puede indicar que la problemática de los servidores públicos sometidos al régimen de transición, ha girado en torno a los factores salariales y al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para efectos de determinar el monto de la pensión. Respecto del primero, una postura pregonada que se debe incluir únicamente como factor sobre los que se hayan realizado aportes o cotizaciones al sistema pensional, por el contrario, la segunda se

inclina por establecer que se deben tener en cuenta todos los factores devengados con independencia que se haya cotizado o no sobre ellos.

Respecto del IBL, la problemática en los últimos años ha girado en torno a establecer si esta institución hace parte o no del régimen de transición. Para la cual, se han desarrollado como premisas: (i) el Ingreso base de liquidación hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo y que se pensiones con los requisitos de edad, tiempo y monto del régimen anterior, por lo que se debe tener en cuenta el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio; (ii) Todo aquello que no tenga que ver con edad, tiempo y monto, son condiciones y requisitos que se rigen por la ley 100 de 1993, es decir que el salario base de liquidación se obtiene con fundamento ponderado de los últimos 10 años de servicio, con las respectivas subreglas. Esta obedece a una de las interpretaciones plausibles que se pueden hacer al artículo 36 de la referida normatividad, en cualquiera de las dos hipótesis, el impacto se va a ver reflejado en el monto de la pensión, las finanzas generales del Estado y por supuesto y el factor económico de los ciudadanos.

La Primera Postura: El Precedente del Consejo de Estado antes del 2013.

Desde la doctrina del Tribunal Contencioso Administrativo se ha sostenido que en concordancia con el convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la ley 54 de 1962 la pensión de los ciudadanos debe reconocerse y liquidarse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues la prevalencia del principio de favorabilidad impide aplicar el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en la medida que condena a la disminución de la mesada pensional.

Esta ha fue la tesis que planteó por primera vez el Consejo de Estado en una de sus sentencias más populares de la sección segunda, en aquella oportunidad se indicó que la ley 100 de 1993, creó el sistema de seguridad social con el objetivo de amparar a la población en las contingencias y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios; la cual estaba encaminada a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismo de carácter económico que contrarrestara las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se verán sometidas. El régimen de transición para el Consejo de Estado es un beneficio consagrado en favor de las personas cumpla determinados requisitos para que, al entrar en vigencia de la nueva ley, para que los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se rija por el anterior sistema.

Para los servidores públicos que no se encontraban sometidos a régimen legal o constitucional especial, se les da aplicación lo previsto en la ley 33 de 1985, que en su artículo 1 indicaba, que, si tenían 20 años de servicio continuos o discontinuos y 55 años de edad, obtendrían una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Las subsecciones A y B de la sección segunda, habían presentado hasta ese momento criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3 de la ley 33 de 1985 para determinar los factores salariales que deben constituir el IBL (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2003). En la subsección A, se consideró que al momento de liquidación en la pensión se debía incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador; en la subsección B, expresó que solo podían incluirse aquellos sobres los cuales se hubieran realizado efectivamente aportes pues respecto de los demás no había derecho a liquidar; sin embargo, en algunas oportunidades, dichas autoridades judiciales profirieron sentencias en las que se advertía que únicamente podía tener en cuenta los factores taxativamente enlistados en la norma.

Bajo la primera hipótesis manejada por el Consejo de Estado, se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional a la pensión, tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiera lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenara y que no hubiera sido objeto de aportes pese a que no se encontraran en el listado previsto por el artículo 3 de la ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajusta a lo dispuesto por el inciso 3ro del artículo 3 de la misma normatividad que indica “...*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...*” (Ley 33, 1985).

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían vincularse todos los factores que hubieran sido objeto de aportes y así se encontraría certificado; en la sentencia del 6 de febrero de 2006, se dijo por parte del Máximo Tribunal de lo Contencioso, que “...*la ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...). En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente...*” (Consejo de Estado, 2006).

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 hubiera lugar. En palabras del Consejo del Estado, “...*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 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.

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.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones...”. (Consejo de Estado, 2006)

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 material

laboral, las salas del Consejo de Estado previos debates surtidos con apoyo de antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales arribó 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 simplemente son enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta determinación encuentra consonancia con la sentencia del 9 de julio de 2009 proferida por la sección segunda 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. Dicha normatividad, consagra que *“Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968...”* (Consejo de Estado, , sección segunda, 2009)

Entonces para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que esta constituye una prestación producto de aportes efectuados por el trabajador y,

por lo tanto, debe otorgarse en forma óptima con el fin de no afectar sus condiciones de existencia al momento de retirarse definitivamente del servicio. En la providencia y primera postura que se analiza, se utilizó el principio de progresividad para fundamentar la tesis, al respecto se dijo que se trata de un directriz en materia de política pública desarrollada por los Estados, creada con el fin de velar que los logros alcanzados en materia de derechos sociales económicos y culturales no se vean disminuidos en el transcurso del tiempo y por el contrario procurar la optimización progresiva de su disfrute.

Para sustentarse, utilizó como fundamento lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-1318 de 2005, cuando manifestó que:

“...Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición prima facie de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C-038 de 2004, en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho.

Explicó el fallo que en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las /medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad (...)

Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005 -antes citada y referente concretamente al derecho a la vivienda digna-, la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia. (...).” (Corte Constitucional, T-1318, 2005)

De ahí que en aquel momento se dijera que el listado contenido en las normas sobre factores salariales para servidores públicos sea taxativo, sino que se trata de uno meramente enunciativo, de aquellos que componen la base de liquidación pensional, por lo que es posible incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. Así y en vista del catálogo axiológico de la Constitución Política se debe aplicar la normatividad vigente primando la realidad sobre los formalidades de no hacerlo conducir a desconocer aspectos relevantes que determinen la manera como deben reconocerse los derechos prestaciones de factores sobre los cuales se liquida el IBL, de considerar que la lista es taxativa traería consigo dice el Consejo de Estado la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifestación discriminación en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones; de forma que el principio

de progresividad protege al conglomerado social y presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en forma adecuada en sus necesidades vitales y especialmente acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Otro de los fundamentos del Consejo de Estado fue aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral, para lo cual desarrollo la competencia radicada en el congreso para hacer las leyes e interpretó la norma desde una óptica más favorable, se debe tener en cuenta que el artículo 150 de la Constitución política establece que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejerce entre otras funciones:

“Dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) y Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública...”

(Const.,1991, art.13)

Sobre el particular la Corte Constitucional (2001) ha establecido:

“...En este orden de ideas, es el Congreso el llamado a establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el marco general y los objetivos y criterios que orientan al presidente de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado. La definición de dicho régimen salarial y prestacional, se desarrolla conforme al ejercicio de una competencia concurrente que corresponde, en primer lugar, al Congreso de la República y, en segundo término, al presidente dentro del marco trazado por aquél. Se trata del ejercicio de una tipología legislativa denominada “ley marco o cuadro”, a través de la cual, el Congreso fija las

pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse una determinada materia, y el presidente de la República, se encarga de desarrollar dichos parámetros a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos. En la actualidad, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, se concreta en la Ley 4ª de 1992...” (C-781)

En ese orden de ideas el Consejo de Estado afirma que no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislativo y del ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales; sin embargo dada la redacción de la disposiciones y el principio de primacía no puede considerarse un alcance restrictivo a dicha norma pues se correría el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que su naturaleza amerita ser incluidos para tales efectos las cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza a fin de hacerlos restrictivos.

En punto de las finanzas públicas advirtió la máxima Corporación en aquel momento que, en materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se había observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es lo que tenía que ver con los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público, inversión social y en algunos casos deuda. Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir en alguna forma sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema y que, aunque no se logre debe ser siempre el ideal. En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez la ley ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, 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, indeliberadamente, 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. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse necesariamente con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, ya que de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

En punto del monto, se debe tener que el Consejo de Estado ya en sentencia del 22 de junio de 2006, (Consejo de Estado s. s., 2006) de la Sección Segunda indicó que la interpretación dada por la Corte Constitucional a dicho artículo constituye apenas un criterio auxiliar y que los jueces en sus decisiones están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.), por tanto:

“(...)no da margen para que se le fije un entendimiento diferente al previsto en la disposición legal: ‘que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decreta la prestación. ´ Señalarle un alcance diferente equivale a desatender el tenor literal de la ley a pretexto de desentrañar lo que no definió expresamente la Corte Constitucional en la citada sentencia.”

Bajo estos parámetros, el Consejo de Estado (2006) entiende que:

“(...) tanto el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 como el decreto reglamentario 1359 de 1993, al señalar la manera como debe establecerse el ingreso base de liquidación de la pensión, el reajuste o la sustitución de la misma, no dejan espacio dentro del cual quepa el menor asomo

de duda, en el sentido de que ella no será inferior al '... 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decreta la prestación' ...". (Consejo de Estado s. s., 2006) solo número de radicación

Finalmente, respecto de los factores de salario para liquidar las pensiones, la sección segunda del Consejo de Estado (año), se acogió a un concepto de la sala de consulta (2002) de la misma corporación que indicó que:

"...El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...). En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. (...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de

descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión (...)” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 , 2002)

Por lo tanto, de acuerdo con esta providencia y 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, excluyendo aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Providencias del Consejo de Estado, como la del 3 de febrero de 2011, ordenó la reliquidación con base en el 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año, incluyendo todos los factores salariales devengados. En aquella oportunidad, el Tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa, reitero que era necesario que se incluyeran todos los componentes constitutivos de salario devengados así no hubieran sido cotizados durante el último año de servicio, por lo que no aplicaba el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La autoridad judicial advirtió que no resultaban aplicables las disposiciones normativas contenidas en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las cuales se estipula el monto de la pensión con una base salarial distinta de liquidación a la devengada en el último semestre, base aplicable al régimen de transición, “por cuanto la pensión especial de jubilación protegida por el mismo artículo se debe liquidar y reconocer bajo el amparo de la ley especial anterior en lo referente a edad, tiempo y monto pensional; será esa normativa la aplicable en esa materia, máxime si vislumbra una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias se estaría desnaturalizando el régimen transitorio”. (Consejo de Estado, sección segunda, 2011) falta el radicado

La Segunda Postura: El Cambio del Precedente Por Parte de la Corte Constitucional en el Año 2013

Esta postura, se da gracias a varias providencias, la primera que será objeto de análisis, es la sentencia de constitucionalidad C-258/13, por medio de la cual se analizó el artículo 17 de la ley 4° de 1992, por medio de la cual el Gobierno Nacional estableció un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores, en el que se indicó como reglas que aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, percibiera el Congresista. Y que se aumentarían en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se haría teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.

De acuerdo con los demandantes, la norma desconocía que el acto legislativo 01 de 2005, había puesto fin a los regímenes especiales de pensiones de los ciudadanos y por lo tanto los congresistas se encontraban en mismo plano, desde un mirada de igualdad y de sostenibilidad financiera; además que no se podía tener como factores para liquidar, sino aquellos sobre los cuales se hubieran hecho aportes pues la mesada pensional depende del esfuerzo y ahorro de cada persona durante su vida laboral, de suerte que la pensión debía reflejar el periodo de tiempo que se ahorró a través de las cotizaciones y el régimen especial no tenía en cuenta tal situación.

Para el Colegio de Abogados del Trabajo, la norma debía declararse inexecutable, en tanto la persona no logra acumular el capital que se requiere para generar la provisión contable suficiente para el pago de la prestación social que se le otorga, por lo que creó un régimen especialísimo inconstitucional; indicó que al liquidarse las pensiones solo se puede tener en cuenta los factores sobre los cuales se hicieron aportes y en el aquel régimen se cuentan todos. Además, que el acto legislativo solo admite como regímenes especiales los del a fuerza pública y el presidente por lo que las demás deben someterse al sistema general y la cuantía no se puede establecer teniendo en cuenta concesiones especiales, sino que se requiere de que sea de acuerdo con lo efectivamente aportado.

Para FECODE, la norma se derogo tácitamente con la expedición del acto legislativo 01 del 2005; el Departamento de Administración y Función Pública, consideró que el legislador podía definir el régimen pensional de los servidores públicos y el de los particulares, ya que es el titular de la cláusula general de competencia y por ello goza de potestad genérica para desarrollar la constitución. FONPROTECCIÓN, manifestó que a pesar de ser una norma derogada aún está produciendo efectos, por lo que la constitucionalidad de la norma se debe condicionar a que no se puede entender que cualquier concepto se tome en cuenta como factor, sino que por el contrario

se debe calcular con aquellos respecto de los cuales se hicieron aportes durante el último año de servicio. Finalmente, el Ministerio del Trabajo, afirmó que la ley 100 había derogado tácitamente la norma acusada, sin embargo, teniendo en cuenta que había efectos ultractivos, solo se mantenían vigentes criterios de edad, tiempo y monto de pensión de acuerdo con el régimen de transición.

Entrando en materia, la Corte Constitucional parte de la premisa, de que a pesar de estar derogada la norma sigue produciendo efectos jurídicos, en virtud de la transición de los regímenes especiales, dado que se sigue aplicando en tanto aquellos servidores públicos adquirieron el derecho bajo su amparo se da una aplicación ultractiva de aquella; de suerte que se estudiara su constitucionalidad por sobreviniente. Para la Corporación (2012) en aquella providencia era claro que no se podía permitir la continuidad de interpretaciones del régimen de transición que dieran lugar a ventajas pensionales desproporcionadas, *por lo que tal disposición:*

“...lleva a replantear la forma como se han aplicado algunos regímenes, especialmente los que aún se encuentran vigentes en virtud del régimen de transición, y a cuestionar los factores que en reiteradas ocasiones se han tenido en cuenta para liquidar pensiones cuyos montos exceden el límite establecido por el constituyente. De modo que lo más sano, conveniente y razonable en aras de garantizar el principio sostenibilidad fiscal es la realización de una labor de revisión pensional, tanto de las pensiones que superan los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes concedidas antes del 31 de julio de 2010, como aquellas que se concedieron con posterioridad, para que a futuro el monto de dichas pensiones no supere el límite que el Constituyente determinó -es decir, 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes...” (T-353)

La fundamentación inicia por plantear que no existen los derechos absolutos y la limitación de una prerrogativa como la de recibir una pensión, debe enmarcarse en el respecto del núcleo esencial del derecho y del principio de proporcionalidad, de acuerdo con la Corte (1994, 1995, 1997):

“...Ni los derechos fundamentales ni la autonomía de las organizaciones sociales, son absolutas. Tampoco su reconocimiento inhibe la actuación del Estado. En el Estado social de derecho, sus fines comprometen tanto a los actores públicos como a los privados. Las fronteras de lo público y lo privado, en muchos ámbitos, acusa notables influencias recíprocas y, consiguientemente, así como el Estado interviene de manera intensa en la esfera privada, los particulares hacen lo propio en la pública. En uno y otro caso, desde luego, la tendencia descrita se sujeta al respeto a los derechos fundamentales y a la correlativa autonomía que ellos configuran en cabeza de los sujetos...” (C-355, C-578 y C-226)

Esta hipótesis tiene relación con lo dicho en la Sentencia C-449 del año 2003, por el Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, en la que se expuso que:

“el disfrute de los derechos fundamentales no es absoluto, pues como las demás garantías suponen la posibilidad de ser limitados siempre y cuando se respete su núcleo esencial. En este sentido, se ha puesto de presente que en tanto las restricciones a los derechos constitucionales propendan por una finalidad cimentada en un bien constitucional de igual o de superior jerarquía al que es materia de regulación legal y se cumpla con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, ellas no se oponen a la Constitución”. (Cons, C-449, 2003)

Adicionalmente indica la Corte, la pensiones se pueden obtener con fraude a la ley, tal y como lo dispone el Acto legislativo 01 de 2005, lo cual se presenta cuando se ejecutan actos que guardan fidelidad a la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable pero que en realidad eluden el sentido correcto de las disposiciones normativas, que conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidad de la respectiva institución jurídica, solo se requiere

entonces del aprovechamiento de las reglas y opciones hermenéuticas para obtener una sentencia con fraude a la ley en materia pensional.

Sin embargo, también es posible, obtener una pensión con abuso del derecho, el cual opera cuando (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines propios; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue solo para aprovechar de un resultado debido.

Esta dificultad se encuentra relacionada con el principio de buena fe y confianza legítima emanado del artículo 83 superior que busca proteger al administrado de cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades cuando aquellas de manera expresa o tácita han aceptado un comportamiento proveniente del ciudadano que:

“...no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.
“ (Const, C-478, 1998)

De ahí que se exija a las autoridades mantener una coherencia en sus providencias, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la durabilidad y estabilidad de la situación que objetivamente da lugar a esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico. Por lo que, ya entrando en materia, indicó que el gobierno nacional con fundamento en el artículo 273 de la ley 100 de 1993, incorporó a los servidores públicos del orden nacional al sistema general del sistema de seguridad social a partir del 1 de abril de 1999 y dispuso la sujeción de aquellos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la misma normatividad. El decreto 1359 de 1993, que regía para los congresistas hablaba de la liquidación del último año de servicio que por todo concepto devengarán, teniendo como base el 75% del ingreso mensual devengado, premisa que también aplicaba por ser más favorable a Magistrados de altas cortes (Decreto 104/1994), sin embargo, tales presupuestos normativos no hacen integración normativa respecto de otros regímenes especiales.

Con el fin de obtener tal derecho, era necesario estar afiliado al régimen anterior de lo contrario pese a contar con los requisitos se trataba de una expectativa que no protegía el régimen de transición; es decir el régimen anterior hace referencia a los servicios prestados o cotizados antes de la vigencia de la ley 100 no al vínculo laboral vigente en ese momento; debido a este análisis, la Corte indicó que el fallo no abordaría la constitucionalidad de los otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados o regulados en otras normas, de suerte que lo señalado no podía ser trasladado en forma alguna a otros regímenes.

La anterior declaración en palabras de la Corte se soporta en varias razones:

“...En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17

de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y, por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992...” (C-253)

En esta providencia se trajo a colación una sentencia del año 1999, en la ya se había dicho que no puede tenerse en consideración cualquier rubro recibido por el pensionado sino solo aquellos que tienen el carácter de remuneratorio de las actividades laborales y respecto de los cuales efectivamente haya cotizado y recibido. En los términos de la Sentencia C-608 de 1999:

“La norma demandada se ocupa de tres aspectos que merecen un análisis a partir de estas consideraciones.

El primero de ellos es el de la base para calcular la pensión, el reajuste o la sustitución pensional. La Constitución en su artículo 187 emplea el término "asignación", lo cual permite tomar como base elementos adicionales al salario. Sin embargo, éstos deben tener carácter remunerativo de las actividades que realizan los congresistas en el ejercicio de su función de representación política. Esta comprende diversas acciones de intermediación política, de

deliberación y de participación en la articulación de intereses sociales, que implican, por ejemplo, contacto personal con ciudadanos. Además, el derecho a la seguridad social, al ser individual, requiere que la apreciación de la pensión, el reajuste o la sustitución pensional sea efectuada de manera igualmente individual, atendiendo al ingreso de cada Congresista a lo largo del período determinado por el legislador. El respeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad reafirman lo anterior, en la medida en que ello permite fijar reglas y criterios tendientes a asegurar la viabilidad del sistema pensional, condición indispensable del goce efectivo de este derecho por las actuales y futuras generaciones (art. 2 C.P.).

El segundo aspecto tiene que ver precisamente con el período de referencia para calcular el ingreso mensual promedio de cada Congresista. El legislador en las normas demandadas estima que éste debe corresponder al "último año". De tal forma que el período para calcular el monto de la pensión no puede ser uno diferente mientras el legislador no modifique esta norma. Tomar tan sólo unos cuantos meses en unos casos, además de ser contrario a la ley, crearía una desigualdad entre los mismos miembros del Congreso, carente de justificación.

El tercer aspecto es el del monto de la pensión como proporción de la asignación. El legislador goza en este campo de un amplio margen de apreciación, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente. Las normas demandadas establecen el mínimo del 75%, que parece razonable habida cuenta de los criterios que justificaron la creación del régimen pensional especial para los miembros de la Rama Legislativa.

Con base en las expuestas consideraciones, el precepto demandado debe ser declarado exequible, pero su exequibilidad se condicionará en los siguientes aspectos:

1. Las expresiones "por todo concepto", usadas en el texto del artículo 17 y en su párrafo, no pueden entenderse en el sentido de que cualquier ingreso del Congresista -aun aquéllos que no tienen por objeto la remuneración de su actividad, que primordialmente es de representación política, como ya se dijo- sea considerado dentro de la base sobre la cual se calcula el monto de la pensión.

La Corte Constitucional estima que sólo pueden tener tal carácter los factores que conforman la "asignación" del Congresista, a la que se refiere expresamente el artículo 187 de la Constitución. Ella tiene un sentido remuneratorio dentro de un régimen especial, proveniente de la actividad del miembro del Congreso en el campo de la representación política y de la dignidad propia del cargo y las funciones que le son inherentes.

Tal "asignación", que tiene un alcance y un contenido mucho más amplio que el puramente salarial, no comprende simplemente el ingreso periódico restringido al concepto de sueldo básico, sino que alude a un nivel de ingreso señalado al Congresista en razón de su papel y sus funciones, cuyas partidas en concreto dependen de la definición que haga el Gobierno en desarrollo de la Ley Marco.

Pero tampoco puede incluir aspectos ajenos a la retribución que el Congresista percibe, la cual debe estructurarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo con las especiales funciones que la Carta Política atribuye a senadores y representantes.

Según eso, todas aquellas sumas que corresponden a salario, a primas, y a otras erogaciones integrantes de la "asignación", pueden constituir -depende de las determinaciones que adopte el Ejecutivo al desarrollar las pautas y lineamientos trazados por el Congreso- base

para liquidar la mesada pensional. En cambio, están excluidas de ese conjunto las que, al no gozar de un sentido remuneratorio, pagan servicios ajenos a la asignación.

La Corte se abstiene de señalar de manera específica los componentes que pueden incorporarse dentro de esa base, pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, es el presidente de la República quien debe efectuar tales precisiones.

2. Tanto en el texto del artículo 17, que establece el mínimo de la pensión, como en su párrafo, relativo a la liquidación de pensiones, reajustes y sustituciones, se alude a la base del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.

Aunque, a juicio de la Corporación, esas reglas no se oponen a los mandatos constitucionales ni rompen el principio de igualdad, como lo afirma el actor, pues, en su carácter especial, resultan adecuadas a las condiciones dentro de las cuales se ejerce la actividad legislativa, debe precisarse que una cosa es el último año de ingresos como punto de referencia para la liquidación de las cuantías de pensiones, reajustes y sustituciones -lo que se aviene a la Carta- y otra muy distinta entender que el concepto de ingreso mensual promedio pueda referirse a la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso.

En efecto, lo razonable, dentro de criterios de justicia, es que el indicado promedio se establezca en relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado, es decir, que él refleje lo que el aspirante a la pensión ha recibido en su caso, durante el último año. Y ello por cuanto sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería

un mínimo equilibrio, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que se pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado período, si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo, cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses. En tal caso, el promedio de quien se pensiona debe comprender tanto lo recibido en su carácter de miembro del Congreso por el tiempo en que haya ejercido y lo que había devengado dentro del año con anterioridad a ese ejercicio...” (Cons, C-608, 1999)

En lo que tenía que ver con el tope en el monto, la Corte indicó que la norma objeto de estudio de constitucionalidad no indicaba de forma expresa cual era el monto máximo; por lo que algunos operadores judiciales podían interpretar que no estaba sometido dicho régimen a ninguno tope en la pensión de beneficiarios, no obstante, recordó que desde 1976 existía el máximo de los 22 salarios esto con la ley 4°; posteriormente con la ley 71 de 1988, se indicó que la pensión podría reconocerse entre 1 a 15 salarios y con el Decreto 313 de 1994, se establecieron 20 salarios para aquellos que estuvieran en el instituto de seguros sociales, por lo que afirma que si existe una cantidad máxima que puede ser reconocida como monto pensional.

La sola existencia de un regímenes especiales no implica que las necesidades pensionales adquiridas bajo su amparo queden automáticamente excluidas de los topes consagrados en las normas generales (Cons, C-089, 1996); de suerte que el Estado:

“...debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones y de los recursos en este campo, los cuales deben mantener su poder adquisitivo razón por la cual es menester que el legislador tenga en cuenta una realidad de trascendencia en este examen, los recursos económicos para satisfacer el pago de las mesadas pensionales, los cuales no son infinitos, sino que ellos son limitados; el legislador puede, por razones de política legislativa, señalar cuáles son los límites

máximos y mínimos que deben implantarse para que las reservas de dinero destinadas al pago de las pensiones, tanto en el sector público como en el privado, no pierdan por un lado su capacidad adquisitiva, pero por otro garanticen y protejan los recursos existentes para el pago de las pensiones (C.P. art. 48 y 53).” (Const, C-155, 1997)

La Corte entonces considera que:

“...dentro de ciertos límites, el legislador tiene libertad para determinar el monto y los alcances de los recursos a fin de lograr el mejor uso de los mismos, en un sistema solidario de seguridad social; es perfectamente legítimo que, la ley conceda un límite mínimo o máximo al monto de la pensión, si con ello se pretende administrar recursos limitados; en este orden de ideas, el monto de la pensión es un criterio relevante de diferenciación, por lo cual la Corte considera que la ley puede perfectamente, distinguir entre grupos de pensionados, pues no todos reciben la misma mesada, porque sus situaciones jurídicas son diferentes, como quiera que no son lo mismo los topes de pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1976, a las de la ley 71 de 1988 y las de la Ley 100 de 1993. En efecto, como bien lo señalan la vista fiscal y la autoridad pública interviniente, la situación económica y material de quienes perciben una pensión en esta materia no es la misma en virtud de la diversidad de regímenes jurídicos superpuestos.”

En este orden de ideas, estimó la Corporación:

“que las expresiones de las normas acusadas buscan un fin legítimo y utilizan unos criterios relevantes de diferenciación entre los pensionados, de acuerdo al objetivo perseguido. Además, el medio empleado es adecuado, pues al establecer unos topes máximos a la mesada pensional,

el legislador protege los recursos existentes para el pago de las pensiones, a fin de asignarlos preferencialmente a aquellos que se encuentran en una escala económica inferior.

Ahora bien, “la Corte considera, que al limitar el monto máximo de la mesada pensional a quince (15) o a veintidós (22) salarios mínimos, según el caso, el legislador emplea una justificación objetiva, clara y razonable: dar especial protección a aquellos pensionados que devengan una pensión inferior a 15 salarios mínimos; ello en virtud a que el derecho a la seguridad social se ve desarrollado a través del principio de solidaridad, para proteger la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones y mantener el uso racional de los recursos económicos esencialmente limitados.”

De manera que se debía tener en cuenta que artículo 18 de la Ley 100 fue modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, el cual elevó la base de cotización hasta el tope de 25 s.m.m.l.v, y también fijó un límite a la cuantía de la pensión, al indicar:

“...El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales...” (Ley 797 , 2003)

El Acto Legislativo 01 de 2005 acogió este criterio y dispuso que *“...a partir del 31 de julio de 2010, no podrá causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigente, con cargo a recursos de naturaleza pública.”* No obstante, la claridad en la interposición de límites a las mesadas pensionales de todos los funcionarios públicos, el Ejecutivo

expidió el Decreto 816 de 2002, modificado por el Decreto 1622 del mismo año, que en su artículo 17 excluyó del cumplimiento de un tope a las mesadas pensionales de los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4, con la condición de que éstos accedieran a la pensión siendo congresistas o estando en los demás cargos a los que resulta aplicable. La norma dispuso:

“La pensión de estos servidores no estará sujeta al límite de 20 salarios mínimos legales mensuales vigente previsto en el párrafo 3o. del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se pensionen en calidad de congresistas, esto es que, teniendo esta condición, cumplan los requisitos para adquirir el status de pensionado o que el último tiempo servido o cotizado fuere en esta calidad.

La tasa de cotización para los servidores de que trata este artículo será la establecida en el Régimen General de Pensiones, sin someterse al límite de 20 salarios mínimos legales mensuales vigente.

En todo caso, a partir de la vigencia del presente decreto, las pensiones de invalidez y sobrevivencia de todos los congresistas se someterán al Régimen General de Pensiones.”

Es decir, en virtud del Decreto 816 de 2002, modificado por el Decreto 1622 del mismo año, las pensiones causadas de conformidad con el régimen especial de Congresistas no se encontraban sometidas a los topes señalados en el sistema general de pensiones, “*siempre y cuando se pensionen en calidad de congresistas*”. De igual manera, la interpretación judicial del Consejo de Estado se refería a que cuando el régimen especial no estableciera topes, ello no era aplicable -tal y como ocurre con el artículo 17 de la Ley 4 de 1992-. Sobre el particular dijo:

“Como lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues

son de su esencia. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que, al establecer la cuantía de la pensión con base en otras disposiciones, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen.

Consolidado, entonces, el derecho pensional bajo el régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971, no resulta procedente acudir al texto general, no sólo por respeto al principio de inescindibilidad de la norma, sino porque ninguna disposición prevé tal posibilidad.

La Ley 100 de 1993, es una norma de carácter general que en ninguna de sus disposiciones previó la aplicación de tope o límite para las pensiones especiales. De igual manera, la norma especial no estableció límite alguno, por el contrario, de manera expresa señaló que las pensiones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público se liquidarían en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio.

Se concluye entonces que los beneficiarios del régimen especial no están sometidos a los denominados topes pensionales de que tratan los artículos 18 y 20 de la Ley 100 de 1993 y 5° y 7° de la Ley 797 de 2003, porque la norma especial aplicable no lo establece”. (Consejo de Estado, Radicación N° 1014-09, 2010)

De lo anterior se deduce que (i) desde el año de 1976 todas las mesadas de los funcionarios públicos se encontraban sometidas a topes pensionales, (ii) el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no consagró un límite máximo en el valor de la pensión, es decir, no existía claridad si las pensiones adquiridas de conformidad con este régimen estaban sometidas a las reglas generales sobre topes, (iii) a pesar de que la jurisprudencia constitucional sugería la aplicación general de límites, ciertas autoridades administrativas y algunas judiciales interpretaron que el régimen dispuesto por el

artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no estaban sometido a ningún valor máximo, pero lo correcto es considerar que si existe un tope máximo.

En punto de los incrementos anuales, afirmó el tribunal de cierre, que de acuerdo con la norma la pensión se ajusta en el mismo porcentaje que el salario mínimo situación que es abiertamente diferente al del régimen general de las pensiones de la ley 100 de 1993, que indica que el incremento de las pensiones se hacen según la variación porcentual del IPC certificado por el DANE; esta justificación se hace según algunos operadores judiciales porque se deben proteger a las clases menos favorecidas; sin embargo en la medida que no hay derechos adquiridos sobre el factor o porcentaje en que se deben incrementar las pensiones, sino meras expectativas, la ley entonces puede modificar las normas que consagran la proporción en que se realizan los aumentos.

De allí que se debe tener en cuenta que el propósito del acto legislativo 01 de 2005, fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad; (ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado Social de Derecho, y la sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores provisiones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones.

Ante tal estudio, concluyó la Corte que las implicaciones de estas reglas sobre la existencia de pensiones es que (i) de valores mucho más altos de los del promedio de las pensiones de la población pensionada –la mayoría de ellas con valores por encima del tope de 25 smmlv previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005-, (ii) financiadas en un porcentaje muy significativo con recursos del erario, en tanto no guardan una relación de proporcionalidad con las cotizaciones efectuadas

por sus titulares durante su vida laboral, y (iii) que benefician a personas que hacen parte de los sectores en mejor condición socio-económica; escenario provocado primero, por la tasa de reemplazo y el Ingreso Base de Liquidación que según el derecho viviente se vienen aplicando, es el 75% del promedio de lo devengado dentro del último año de servicios e incluso lo devengado en el último año por un Congresista en ejercicio; el segundo por el salario de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y demás servidores favorecidos por el régimen es de aproximadamente 40 smmlv, de modo que sus pensiones pueden ser cercanas a 30 smmlv o incluso superiores en algunos casos, a la luz de la interpretación imperante en el derecho viviente por parte de los operadores judiciales.

Lo tercero porque ese valor puede además aumentar si los servidores en comento recibieron ingresos adicionales a su salario en el último año de servicios, pues recuérdese que el Ingreso Base de Liquidación, según el derecho viviente, se calcula sobre todo lo devengado, incluidos aquellos pagos que no tuvieron carácter remunerativo y sobre los cuales no se hicieron cotizaciones. Lo cuarto, porque de cara al derecho viviente, las pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio no se les aplican topes para calcular el valor de las mesadas, es decir, no existe un límite para el valor de las mesadas, ni siquiera se viene aplicando el tope de 25 smmlv instituido en el Acto Legislativo 01 de 2005 en algunas pensiones reconocidas con posterioridad a dicho Acto.

Y lo quinto, porque las mesadas de los favorecidos por el régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 incrementan anualmente en el mismo porcentaje con que se ajusta el salario mínimo, una proporción mayor a la empleada para ajustar las mesadas del resto de pensionados –salvo los que perciben mesadas de 1 smmlv-, esta es el Índice de Precios al Consumidor. Forma de ver las cosas que permite entender porque el Estado debe subsidiar gran porcentaje pues lo aportado no

genera el financiamiento necesario para una pensión vitalicia; premisas que conducen a la entrega de cuantiosas sumas de dinero públicas a un sector de la población que no puede ser catalogado precisamente como la conformación de personas pertenecientes a sectores más pobres o vulnerables.

En consecuencia, la Corte Constitucional señaló que la norma era inconstitucional por cuatro razones principales:

“...Permite que personas cobijadas por el régimen de transición, que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1º de abril de 1994, puedan beneficiarse de él si posteriormente fueron elegidas o nombradas Congresistas, Magistrados de Altas Cortes o en cargos a los que se extiende el régimen. Por tanto, esta interpretación conduce a que personas que no tenían una expectativa legítima de pensionarse según las reglas del régimen bajo estudio, sean protegidas por el régimen de transición, es decir, extiende un tratamiento diferenciado basado en la protección de expectativas próximas a un grupo de personas que no tenían una expectativa amparable bajo ese principio, lo que desconoce el principio de igualdad.

La interpretación vigente del precepto también lesiona el principio de igualdad, ya que conlleva a que un grupo de personas que pertenecen a los sectores mejor situados económicamente dentro de la población, sean favorecidos por ventajas también económicas de las que no gozan el resto de la población pensionada y que además suponen un alto subsidio con recursos públicos; en otras palabras, el precepto contiene un tratamiento diferenciado favorable en beneficio de un grupo que ya está en mejores condiciones que los demás grupos comparables. El tratamiento favorable se tradujo, en razón del derecho viviente, en que la

brecha entre la pensión promedio y la pensión reconocida al amparo del artículo 17 fuera manifiestamente desproporcionada.

Al permitir que los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 según el derecho viviente también vulnera el principio de solidaridad.

Por último, la forma como viene siendo interpretada la disposición, conduce a la existencia de ventajas claramente desproporcionadas a favor de un grupo de personas en una situación socio-económica mejor que la del resto de la población, y que implican un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen la seguridad social, así como un obstáculo al cumplimiento del mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social para cubrir a las personas de menores ingresos que viven su vejez en condiciones de alta vulnerabilidad...”

Respecto de la regla de beneficiarios que en la actualidad opera, indicó la Corte que aquella conducía a que personas cobijadas por el régimen de transición que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1º de abril de 1994, pudieran beneficiarse de él si posteriormente fueron elegidas o nombradas Congresistas, Magistrados de Altas Cortes o en cargos a los que se extiende el régimen, hipótesis que resultaba inconstitucional, porque (i) si bien es cierto el Acto Legislativo 01 de 2005 respetó que algunas reglas de los regímenes especiales que existían antes de la Ley 100 se siguieran aplicando a los beneficiarios del régimen de transición, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 y con las limitaciones impuestas en el párrafo transitorio 4º, la decisión de respetar esa aplicación ultractiva se basó en la existencia de

unas expectativas legítimas surgidas antes de la expedición de la Ley 100, y en que, en virtud del principio de buena fe, merecían ser amparadas. Es decir, el Acto Legislativo, siguiendo el espíritu de la Ley 100, brindó un tratamiento diferenciado más ventajoso a aquellas personas que tenían la expectativa desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, de pensionarse conforme al régimen al que se encontraban afiliadas; ese tratamiento diferenciado más beneficioso tiene justificación entonces en la existencia de una confianza legítima en que esos regímenes los beneficiarían en el futuro.

(ii) Constituye una violación del principio de igualdad, ya que, significa la equiparación de dos grupos de personas que no se encuentran en la misma situación: de un lado, el grupo de quienes sí estaban en el régimen especial antes del 1° de abril de 1994, y de otro, el grupo de todos los que estaban fuera del régimen especial a esa fecha; y como consecuencia de lo anterior, la regla representa la concesión de un trato favorable carente de justificación objetiva razonable porque las normas vigentes después de 1994 ya habían incorporado a los congresistas al régimen general de la Ley 100 de 1993, de tal forma que no existía base normativa alguna para mantener una diferencia de trato en beneficio de quienes no cumplían a la fecha los requisitos para ingresar al régimen de transición.

Aunque se reiteró que la razón por la cual el Constituyente permitió que un grupo de personas se siguieran beneficiando de las ventajas de regímenes pensionales creados antes de la Ley 100, fue respetar expectativas surgidas antes de la unificación de las reglas que operó en dicho cuerpo normativo. Permitir que personas que no tenían ese tipo de expectativa pudieran beneficiarse de las ventajas que otorga el régimen especial al que da lugar el precepto acusado, sería avalar un tratamiento diferenciado –respecto de todos los demás afiliados al sistema de pensiones- sin

justificación. Pues se debía recordar que a la luz del artículo 13 Superior, todo tratamiento diferenciado debe tener una justificación válida desde el punto de vista constitucional.

Finalmente manifestó la Corte que la regla en comento desconocía el principio de solidaridad y contribuía a la existencia de obstáculos desproporcionados para el cumplimiento de los fines de la seguridad social en pensiones; puesto que al extender los beneficios del régimen a personas que no tenían una expectativa protegible al 1° de abril de 1994, el artículo demandado de la forma en que venía siendo interpretado en el derecho viviente permitía la entrega de subsidios públicos a personas que no reunían las condiciones para ello desde el punto de vista de las reglas de la seguridad social y los principios del Estado Social de Derecho, y que a su vez hacían parte de un sector en mejores condiciones socio-económicas respecto de la población, y específicamente de la mayor parte de los pensionados, lo que a su vez sacrifica el cumplimiento de metas de cobertura y universalidad, como ya fue explicado.

En materia de los aportes que hacían parte en la liquidación de la pensión se indicó que la interpretación del operador judicial está guiada en torno a considerar que un beneficiario del régimen especial bajo estudio pueda incluir en su Ingreso Base de Liquidación ingresos sobre los que no hizo las respectivas cotizaciones al sistema y que ni siquiera constituían salario, en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005, así como de la sentencia de la Corte Constitucional C-608 de 1999 que tienen efectos *erga omnes*.

En efecto, el principio de solidaridad en la seguridad social, como ya se explicó, tiene dos implicaciones: (i) la obligación de los afiliados al sistema de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades, y (ii) la obligación del sistema, a su turno, de brindar protección especial a los sectores más pobres y vulnerables, quienes por sus propios medios probablemente

no podrían enfrentar las contingencias frente a las que la seguridad social ofrece amparo. Esta hipótesis de aplicación del principio de solidaridad fue además acogida por el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo inciso 6 expresamente dispone: *“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”*.

Con fundamento en razonamientos similares, precisó que para el cálculo de la pensión de los favorecidos por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no puede tenerse en consideración cualquier “asignación” percibida, sino solamente aquellos emolumentos que tienen carácter remunerativo. En este caso y de conformidad con lo expuesto, la interpretación dada por el juez, atenta contra la Constitución pues, por una parte, permiten la existencia de afiliados al sistema que no contribuyen de acuerdo con su nivel de ingresos real, y por otra, en lugar de favorecer a los sectores más vulnerables, brinda una ventaja para el cálculo de la pensión a personas que de hecho ya se encuentran en una mejor situación dentro del grupo de potenciales beneficiarios del sistema pensional.

Además, que al igual que lo que ocurre con la regla de beneficiarios, esta premisa permite la entrega de subsidios públicos a personas que no son merecedoras de ellos desde el punto de vista de la seguridad social y los principios del Estado Social de Derecho, y termina por sacrificar el cumplimiento de metas de cobertura y universalidad, lo que va en detrimento del mandato de progresividad en el ámbito de los derechos sociales. Al extender los factores más allá de lo estipulado en los referentes constitucionales, el cálculo de las pensiones en ciertos casos condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que solo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema.

Frente al tema del IBL, se dijo en aquel momento que: (Consejo de estado)

“...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 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.

4.3.5.7.2. De otro lado, tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad. En efecto, el cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema.

El caso extremo es el de las pensiones basadas en el ingreso mensual promedio de un periodo muy breve en comparación con toda la vida laboral del beneficiario.

4.3.5.7.3. 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...”

Para lo que tenía que ver con el mecanismo de ajuste anual de las pensiones, advirtió la Corte que (i) vulneraba el principio de igualdad en tanto conducía a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecían a un sector en mejores condiciones socio-económicas; e (ii) imponía un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.

Por consiguiente, se adoptaron como reglas interpretativas:

(i) no puede extenderse el régimen pensional especial de los congresistas previsto, a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, no se encontraban afiliados al mismo.

(ii) en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, y como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

(iii) la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 será la que se aplique a estos servidores públicos y en efecto, se debe acudir al artículo 36 que estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “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”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibidem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

“ARTÍCULO 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 1250 semanas como mínimo.”

(iv) las mesadas pensionales de los beneficiarios del artículo demandado se ajustarán de conformidad con lo señalado en el sistema general de pensiones, es decir, con el IPC.

Para terminar, el análisis de esta sentencia, la Corte concluye su argumentación indicando que no se configura propiamente un derecho adquirido cuando se ha accedido a éste (i) por medios ilegales, (ii) con fraude a la ley o (iii) con abuso del derecho. En primer término, claro está no constituirán derechos pensionales adquiridos aquellos que ha sido causados a través de conductas como la alteración de documentos, la falsedad, entre otras, este caso extremo puede haber ocurrido en muy pocas ocasiones, pero no por ello debe dejar de mencionarse. En segundo lugar, tal y como se explicó, en las figuras del fraude a la ley y abuso del derecho, se presenta un elemento objetivo que se traduce en el aprovechamiento de la interpretación judicial o administrativa de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico y aquél que invoca las normas de una forma claramente excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

En materia pensional con frecuencia se presentan situaciones de abuso del derecho, que se encuadran dentro de esta segunda hipótesis, que dan lugar al reconocimiento de pensiones con ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del pensionado, que generan un desequilibrio manifiesto del principio de igualdad, y fruto de un aprovechamiento de las interpretaciones que las autoridades judiciales y administrativas han hecho de las normas. Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su

historia productiva, lo que abiertamente es inconstitucional y el operador judicial no lo puede permitir.

Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación, de suerte que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral. En estos eventos, los incrementos significativos de los ingresos del servidor en sus últimos años de servicios conducen a una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral y que, por tanto, imponen al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida, lo que termina por afectar a otros sectores que si necesitan del finamiento subsidiado. Otro ejemplo se presenta cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral cotiza de acuerdo con las reglas que definen topes de las cotizaciones. Luego, en el último año de servicios –según el régimen especial del que es beneficiario- cotiza al sistema sin tope con el fin de luego obtener una pensión sin tope, amparado por la doctrina de la integralidad de los regímenes pensionales.

En todos estos casos, el pensionado no tiene un derecho adquirido, y, por tanto, en aras de dar cumplimiento a la presente providencia, la Administración podrá proceder a revocar y reliquidar el derecho pensional con el objeto de hacerlo compatible con el ordenamiento jurídico y con el régimen pensional que realmente le corresponde. Por todo lo anterior, la Administración deberá revocar o reliquidar unilateralmente el acto, con efectos hacia futuro, a través de un procedimiento que garantice a los afectados su derecho a la defensa y con la posibilidad de la interposición de los recursos pertinentes. Para realizar estas revocatorias y reliquidaciones, las autoridades administrativas tenían un plazo máximo, hasta el 31 de diciembre de 2013, para hacerlas efectivas. Lo anterior, teniendo en cuenta la complejidad de algunas de las órdenes dadas en esta sentencia

en relación con las capacidades operativas de las entidades obligadas al cumplimiento. De igual manera, las autoridades debían estudiar minuciosamente cada situación en particular para evitar incurrir en reliquidaciones que no respeten los criterios anteriormente enunciados y tomar las decisiones correspondientes debidamente justificadas.

Posteriormente, se profirió la sentencia SU-230 de 2015, en la que la Corte en pleno se propuso modificar el precedente que tenía la Sala de revisión respecto a la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para los regímenes especiales de los servidores públicos (Const, SU-230, 2015). En esta oportunidad se indicó que para los servidores públicos a quienes se les aplicaba la ley 33 de 1985, se le debía aplicar una noción de monto de la pensión, de acuerdo con las reglas y argumentos expresados en la sentencia C-258/13.

Esto quiere decir que el concepto de monto debe necesariamente comprender únicamente el porcentaje del régimen de anterior, mientras que la base de liquidación se debe establecer en razón del sistema general de pensiones vigente, escenario que de ninguna forma afectaba el principio de inescindible de la norma; hipótesis que no era compartida por las Salas de Revisión, quienes consideran que monto hace referencia al porcentaje y al IBL del régimen anterior, ya que se debe aplicar en su integridad los presupuestos normativos previos de lo contrario se sacrificara la unidad normativa y los derechos de rango superior de los pensionados.

De manera que aplicando los argumentos de la sentencia anteriormente analizada, era claro que se había establecido una interpretación sobre la aplicación del IBL diferente a la sostenida por el Consejo de Estado y algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en la cual el ingreso base de liquidación no hacía parte del régimen de transición; entonces 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 petionario, 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 mencionada¹¹. (Const, T-078, 2014)

De acuerdo con la Corte, si bien antes del 2013, no había un pronunciamiento expreso de la Sala Plena sobre la interpretación del monto y del IBL en el marco de un régimen de transición y era posible por parte de las Salas de Revisión y de otros operadores judiciales aceptar razonadamente los criterios del Consejo de Estado, con posterioridad a dicha fecha, no era posible que ello siguiera presentándose, pues aunque en la parte resolutive no se dijo nada al respecto, se trata de un parámetro interpretativo fijado y por lo mismo es obligatorio su acatamiento para los demás jueces en vista de que los planteamientos allí expresados se adecuan a los demás regímenes especiales, en particular sobre la materia del monto y del IBL.

Es más indicó en aquel momento, que la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Cesación Laboral, resultaba armónica no solo con la realizada por el tribunal Constitucional sino también con las reglas superiores emanadas de la Constitución; para la

¹¹ En la referida sentencia se indicó que 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 de l ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, asaber: *“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.”*

jurisdicción laboral, el monto para los servidores públicos correspondía al 75% pero el IBL era el consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, de los salarios devengados que sirvieron para los aportes durante los últimos 10 años de servicios. Por lo tanto, para aquel operador judicial el ingreso base de liquidación no partencia al régimen de transición y el termino monto únicamente se refería al porcentaje de la pensión, entonces el régimen especial anterior, no se aplica de manera integral. (Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación Núm. 10440, 1998)

Entonces, aplicando estas dos idénticas interpretaciones sobre la aplicación integral del régimen especial de servidor públicos beneficiarios al régimen de transición, indicó que se fijaba como regla a seguir por parte de las Salas de revisión de la Corte Constitucional, la premisa según la cual el IBL no era un aspecto sujeto a transición y por tanto debían sujetarse a los postulados y argumentos expresados en la sentencia de constitucionalidad del 2013, aunque aquella se hubiera realizado un estudio sobre un régimen especial, ello no excluía la interpretación en abstracto que se había hecho sobre el artículo 36 de la ley 100 en el sentido que ya se indicó. De ahí que constituía un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no podía ser desconocido en forma alguna.

A continuación, se profirió la sentencia SU 395/17 (Corte Constitucional M. L., 2017), en la que la Corte trajo a colación y estudio la sentencia SU-210/17, en la que se había reconocido que el IBL hacia parte de la noción de monto y los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que e ingreso base de liquidación fuera determinado con base en los presupuestos normativos previos a la ley 100 de 1993 y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del artículo 36 de aquella normatividad, cuando el régimen especial no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión (Const, SU 210, 2017). No obstante, y realizando un recuento

histórico de las providencias de aquel tribunal de cierre indicó que se debía mantener la línea argumentativa expresada desde la sentencia C-258 DE 2013.

A esta providencia le siguió la SU 023 de 2018, en la que nuevamente la Corte recuerda que los argumentos, razonamientos e interpretaciones realizadas en el 2013, aplican de forma obligatoria para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición y que por lo tanto las Salas de Revisión deben acatar de forma expresa la postura jurisprudencial fijada por el superior. Indicó que así mismo los operadores judiciales no tiene la facultad de desconocer el precedente fijado pues se interpretó el derecho viviente de cara a la Constitución y el más fuerte aquella interpretación que la realizada por el Consejo de Estado. (Cons, SU 023, 2018)

Recuerda que, para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo conservó a sus beneficiarios lo relativo a la edad, tiempo de servicios y monto porcentual de la prestación. Por tanto, los demás aspectos del régimen pensional, incluido el IBL, quedaron sometidos a la nueva legislación en materia de seguridad social, especialmente, a lo dispuesto en los artículos 21 y 36. Esto se justifica, según dicho Tribunal, en que el concepto de *monto* hace referencia únicamente al *porcentaje* que se aplica y no a la base reguladora de la pensión o a los ingresos en los que esta se fundamenta. Tal postura, se dice, no vulnera el principio de inescindibilidad normativa, debido a que fue el legislador el que dispuso que la norma en comento se aplicara de esa manera.

Al respecto y, en general, sobre el tema en comento, la Corte Suprema de justicia (2018) ha señalado lo siguiente:

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

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 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 3° del artículo 36 citado (...). (Radicado N° 52594.)

En esta providencia, se realiza un recuento jurisprudencial de cómo se trabajó por años la interpretación del artículo 36 sobre el IBL y su inclusión o no en el régimen de transición de los regímenes especiales, de acuerdo con la Corte:

Alta Corte	Edad (norma)	Tiempo o semanas de cotización (norma)	Monto corresponde a:	IBL (norma)
Consejo de Estado (numeral 5.1.2.1 <i>supra</i>)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	<i>La liquidación aritmética del derecho</i>	<i>Rég. de transición.</i>
Corte Suprema (numeral 5.1.2.2 <i>supra</i>)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	<i>Al porcentaje</i>	Ley 100 de 1993
Corte Constitucional (numeral 5.1.2.3 <i>supra</i>)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	<i>A la tasa de reemplazo</i>	Ley 100 de 1993

(Tomado, Sentencia de Unificación SU 023/18; PÀG 33)

Dos conclusiones derivaron del estudio contenido en los numerales anteriores:

(...) primero, que, en la actualidad, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen una interpretación similar del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley

100 de 1993, y, segundo, que el Consejo de Estado difiere de la interpretación de las otras Altas Cortes, básicamente, porque considera: (i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudirse a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de “monto”, desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma “fraccionada” el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el “monto” con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica. Estos argumentos, sin embargo, no son compatibles con la jurisprudencia constitucional de unificación de la Sala Plena de la Corte Constitucional, por las siguientes razones:

(i) Según los criterios expuestos en la sentencia C-168 del año 1995, en la que la Corte analizó la constitucionalidad de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones¹². A juicio de la Sala, ninguno de los dos eventos se presenta en el caso concreto, primero, porque las normas que se aplican de forma ultractiva en virtud del régimen de transición no están vigentes y, por ende, en estricto sentido no puede predicarse un conflicto entre dos normas válidas¹³ y, segundo, porque el mencionado artículo

¹² En esa sentencia se dijo: “De conformidad con este mandato [el principio de favorabilidad], cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”. En similar sentido, *cfr.*, entre otras, las sentencias SU-1185 de 2001, T-832A de 2013, T-292 de 2010 y T-350 de 2012.

¹³ Ver, entre otras, las sentencias T-717 de 2014 y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

36, de todas formas, no tiene varias interpretaciones; tiene una que fue fijada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, en los términos del numeral 5.1.2.3 supra¹⁴.

(ii) Más allá del alcance gramatical de la palabra “monto”, lo cierto es que, al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3° del artículo 36 ibidem, puede concluirse que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: “[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2°]” debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante “todo el tiempo” cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho.

(iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los

¹⁴ Según la jurisprudencia constitucional, “la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad” (Sentencia C-634 de 2011, proferida en control de constitucionalidad de la última parte del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, relativo al “deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia”), esto es, que los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad, como es el caso de las consideraciones plasmadas en la Sentencia C-258 de 2013, en cuanto al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tienen carácter vinculante. En efecto, en la sentencia en cita, esta Corte señaló: “Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior”.

instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales.

(iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de “inescindibilidad” o “conglobamento”, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben “aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”¹⁵, también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad...” (Cons, SU 023, 2018)

Por lo demás, advirtió que fue el legislador el que estableció que el IBL debía regularse de esa forma, es decir, que no se trata del fraccionamiento de un régimen sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, incluso, así lo entendió el Consejo de Estado antes de noviembre del año 2000. Es forma de ver las cosas, fue reiterada en providencias posteriores, como por ejemplo en la T-078/19, lo que deja ver que, en efecto, la Corte Constitucional, buscó la forma de proteger la interpretación que realizó desde el año 2013 y que ha mantenido desde entonces, salvo

¹⁵ Sentencia T-832A de 2013.

por lo casos en los que algunas Sala de Revisión desconocieron el precedente sentado, no obstante, como se verá en el último capítulo de este escrito, este desarrollo jurisprudencial deja ver la mutación constitucional del sistema de fuentes, la supremacía, preponderancia e injerencia que tiene en el ordenamiento jurídico los precedentes de las Cortes de cierre y como todo esto apunta a un camino muy claro y es la aceptación de la teoría del posmodernismo jurídico en la cultura colombiana como una institución mediante la cual se adecua la evolución del derecho a las necesidades de los administrados mediante la interpretación de la norma, lo que garantiza que el derecho no se petrifique en el tiempo. (Cons, T-078, 2019)

La Tercera Postura: A la Defensa de la Tesis del Consejo de Estado Posterior al 2013.

Luego de proferirse la sentencia del año 2013 por parte de la Corte Constitucional y ante la evidente contrariedad de criterios que se venían ventilando por parte de los Jueces de la Jurisdicción Contenciosa que no sabían que precedente aplicar, por ello el Consejo de Estado Sección Segunda con decisión del 25 de febrero de 2016 (Consejo de Estado, sección segunda,, 2016) reafirma la doctrina jurisprudencial que venía manejando desde el 2010 y por importancia jurídica y con criterios de unificación se opuso de manera vehemente a lo que ya se había dicho por el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional.

En esta oportunidad, revisó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C, del 24 de septiembre de 2013, en tanto no se tuvo en cuenta todos los factores a la hora de realizar la liquidación de un servidor público y de acuerdo con la postura del Consejo de Estado al encontrarse cobijado por el régimen de transición, el servidor público tiene derecho a que el ingreso base de liquidación sea el regulado en norma anterior, es decir, el 75% de los factores que de forma habitual y periódica haya devengado durante el último año de servicio y no de los últimos 10 años, situación por la cual se debía incluir la totalidad de los factores salariales

devengados en el último año de servicio, y por demás no se debía aplicar la Sentencia de Constitucionalidad C-258/13, pues los efectos no se extendían a los demás regímenes pensionales regulados en otras normas que no fueron analizadas en el referido estudio de constitucionalidad.

De acuerdo con la Ley 33 de 1985, son claros los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los servidores públicos, por lo tanto, la pensión de cualquier orden se liquida sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Entonces se dijo en su momento que el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación 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; entendiéndose así el concepto de monto no solo el porcentaje de la pensión sino la base de dicho porcentaje conforme lo tenía definido la jurisprudencia de aquella sección.

En palabras del Consejo de Estado, “...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 (2000), 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. (Radicación N. 470-99).

En este mismo sentido, la Sala en sentencia de 21 de junio de 2007, en el radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, manifestó:

“El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 hizo dos remisiones hacia las normas del pasado, o dos transiciones: La primera y obvia, contenida en el párrafo tercero, en el sentido de que quienes ya tuvieran el status pensional, debían pensionarse según las normas anteriores que les fueran aplicables y, segunda, la contenida en el párrafo segundo, referida a aquellos que al entrar en vigencia la citada ley tuvieran 15 años de servicio, a quienes se les aplicaría el régimen anterior correspondiente – solamente en cuanto al requisito de edad para adquirir el status pensional -.

De lo anterior deviene, necesariamente como se dijo, que, respecto del monto, al actor lo cobijaba el citado primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Resulta inocuo considerar en el caso que el actor haya cumplido el status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues, por la transición que contempla el artículo 36 de dicha Ley 100, la Ley 33 de 1985 mantenía su vigencia en materia del monto y de los factores sobre los cuales debía reconocerse y liquidarse la pensión de jubilación del señor ISPIN RAMIREZ...” (Radicado 0950)

Respecto del alcance de la sentencia de la C-258/13, indicó la máxima Corporación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que se trata de una sentencia que gira en torno a un régimen privilegiado, que no se puede aplicar al régimen general de los servidores públicos, pues en la mayoría de los casos aquel supera de forma desbordada los montos que se pueden reconocer a quienes se encuentra a la expectativa de obtener una pensión de vejez. De manera que manifestó que de modo alguno la Corte Constitucional pretendió extender los efectos de su sentencia a cada

uno de los regímenes especiales pensionales aplicables a los ex servidores públicos que aún se encontraban vigentes por el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993; de una parte por que tales regímenes tienen una justificación y una racionalidad que debe ser examinada al momento de decidir y definir el derecho a la pensión reclamado y de otra porque solo se estudió uno especial por lo que los demás escaparon al examen de cara a la carta.

Era claro entonces, que en la decisión de la Corte Constitucional se estudió un régimen con prerrogativas y privilegios especiales, por lo que no se puede aplicar a los demás en tanto no es la generalidad de los otros regímenes, ni mucho menos afecta el principio de sostenibilidad financiera. Además, era lógico que ya el Consejo de Estado había interpretado de forma uniforme que el término “monto” e Ingreso Base de Liquidación conforman una unidad conceptual de aquellas inescindibles, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes al escindir el monto del Ingreso Base de Liquidación, determinándose el monto con la normatividad aplicable antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el Ingreso base de liquidación con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De manera que las regla como se establece el IBL de las pensiones reguladas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, según esta decisión del Consejo de Estado, no se puede generalizar pues como ya se anotó se hace necesario el estudio de los fundamentos de los regímenes especiales de los servidores públicos que no por la naturaleza y el monto de sus pensiones no consagran ventajas injustificadas frente a la forma de establecer el Ingreso Base de Liquidación de la pensión vitalicia; es por ello que cobra relevancia el principio de igualdad, consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, en el que se determina que por razón de su actividad específica y desarrollo de la misma, ciertos servidores se encuentran gozando de los beneficios establecidos en los regímenes especiales de transición y que les asiste igual derecho a quienes tienen una

expectativa legítima del reconocimiento de la pensión bajo la normativa vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Finalmente indicó la Sección Segunda del Consejo de Estado en aquella oportunidad, que respecto de la Sentencia SU-230 de 2015, no era posible dar aplicación a su fundamentación, teniendo en cuenta que por más de 20 años el máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, ha tendido un criterio invariable frente al monto de las pensiones del régimen de transición pensional de sector oficial, y así comprendía la base generalmente el ingreso salarial de último año de servicio y el porcentaje dispuesto legalmente que por regla general es el 75%; forma de ver las cosas que habilitaba a dicha Corporación para mantener su criterio y abstenerse de seguir los criterios de la jurisdicción constitucional.

EL MAL DENOMINADO CHOQUE DE TRENES Y SUS CONSECUENCIAS

JURÍDICAS

Sobre el particular es necesario que recordemos que, según la estructura del Estado Colombiano, este cuenta con 3 Ramas en las que se fraccionó el Poder Público, esta premisa atiende al principio de división de poderes y al de colaboración armónica, los cuales se encuentran expresados en el artículo 113 de la Constitución Política de 1991, con el único propósito de lograr la real y efectiva consecución de los fines esenciales del Estado plasmados en el artículo 2 ibídem, y es que, el mal llamado choque de trenes o pugna jurisprudencial, se presenta entre las altas cortes, cuando existen diferentes interpretaciones de una misma norma y que nacen en el seno de providencias de cierre de cada una de las jurisdicciones y que abiertamente son contradictorias entre sí, situación que como veremos a continuación generan un grado de incertidumbre en el Derecho y de inseguridad jurídica.

Esta particular forma en la que evoluciona el derecho y la norma jurídica para no petrificarse en el tiempo sino aplicarse de acuerdo con las nuevas necesidades de los ciudadanos, se presenta precisamente por las diferentes ideologías sociales, económicas, políticas, teóricas y académicas que cada juez conserva en su psique y plasma en las sentencias; escenario que muchas veces y que para el caso concreto, termina por permitir que se pase por encima de reglas constitucionales y del mencionado principio de colaboración armónica. La relevancia de las Altas Cortes o Corporaciones de Cierre de las Jurisdicciones, recae precisamente en el deber de observar el derecho, y los conflictos entre el Estado y la sociedad en definitiva fundamentan la creación de los jueces de última instancia, de suerte que, con la nueva organización que trajo consigo la Constitución Política y la fuerza que adquirió el precedente año a año, creó un caldo de cultivo para que se dieran encuentros y choques entre las interpretaciones que sobre una misma norma realiza el juez a casos concretos con la única finalidad de adoptar el Derecho a las necesidades que se van presentando.

La disparidad de criterios entre las dos Corporaciones, sin lugar a dudas dejó un escenario de incertidumbre en la aplicación práctica jurídica, tanto de los operadores judiciales, como de los litigantes y la defensa técnica de las entidades encargadas de solicitar o negar la reliquidación de las pensiones para los servidores, en la medida que no se tenía claridad cuál de las dos interpretaciones se aplicaban. Lo anterior, dado que sí el juez optaba por aplicar el razonamiento del Consejo de Estado por vía de tutela, se dejaba sin valor ni efecto las providencias para que se estudiara nuevamente el caso y posteriormente se emitiera una nueva sentencia que fuera armónica con la hipótesis de la Corte Constitucional; por el contrario, si el juez contencioso decidía aplicar los criterios y el razonamiento de la jurisdicción guardiana de la Constitución, el superior al revisar

la decisión ordenada revocarla, pero posteriormente por vía de tutela nuevamente se volvía al mismo lugar.

Esta forma en que se convirtió el funcionamiento de la jurisdicción, termino por congestionarla y generar un nicho de inseguridad jurídica en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, relacionado precisamente con la falta de claridad de las normas y del precedente que nos gobernaban para ese momento, es decir, se tradujo en una falta de certeza de cual criterio de interpretación acoger y cual no respecto de la norma que regula el IBL de los funcionarios públicos. Esta situación de falta de certeza, generalmente se presenta, por la mala copia de sistemas normativos foráneos, la incertidumbre en la aplicación de la ley, la falta de ejecución rigurosa del principio de unidad jurídica, la calidad de redacción de la norma en juego, la retroactividad e inestabilidad de las normas, sometido a cambios constantes que como veremos más adelante, en definitiva refleja la aceptación en el sistema jurídico actual del posmodernismo jurídico y como el impacto del precedente termino por mutar nuestro sistema fuentes, que si bien la jurisprudencia como podemos ver en este capítulo tiene sus falencias y aspectos negativos en definitiva nos está llevando a la conquista de nuevos estados de materialización y actualización de las normas y del derecho en sí mismo, que de manera sustancial es el aporte de este escrito.

Para entrar en el tema de la inseguridad jurídica debe indicarse que uno de los principios básicos de la teoría jurídica del Estado y del derecho, lo constituye la certeza de sus normas, esto es, la convicción de los ciudadanos administrados acerca de los alcances y el significado de los presupuestos normativas que regulan su actividad en todos los niveles y esferas de la vida que resultan trascendentes para aquel y que imponen en el seno de la sociedad los derechos y obligaciones emanados de las mismas y las consecuencias de los actos y hechos producidos bajo su vigencia. En otras palabras, se trata de un concepto que da valor y esencia al derecho, pues

complementa y reafirma la idea de justicia, de tal modo que esta -certeza- sin aquel -derecho- carece de eficacia y contenido normativo ejecutable y respetable.

Entonces la salvaguarda de dichos valores corresponde primordialmente a los Jueces, quienes tienen a su cargo la definición del derecho y por su misma esencia son quienes definen la forma como se confiere seguridad y confianza con sus decisiones en vez de sembrar suspicacia. Estas normas que nos permiten coordinar las acciones de los individuos en la sociedad se llaman instituciones jurídicas y son en efecto aquellas que nos dan cierto grado de previsibilidad respecto de las acciones de los demás en el marco del Estado Social de Derecho, estas herramientas se ven reflejadas únicamente cuando el Juez interpreta la norma general y abstracta a un cumulo de casos y le da efectividad al derecho, solo entonces es que se puede hablar de la función plena del “*law hard*”.

En palabras de Bruce Beson (1989) *“Las costumbres y practicas dan origen a expectativas, que a su ven guían las acciones de la gente, por lo que en esas prácticas que la gente espera observar es lo que a menudo, se reconoce como ley. La autoridad de (o el apoyo) un sistema legal deriva en última instancia de un sentimiento de que es “correcto” debido a que verifica las expectativas. De esta perspectiva de la autoridad resulta claro que los acuerdos recíprocos son la fuente básica de reconocimiento del deber de obedecer a la ley...”* (Bruce L, 1989)

La seguridad jurídica, es entonces el resultado que obtiene el Sistema de Gobierno legal generando un conjunto de normas formales que permite coordinar las acciones de los individuos en sociedad, dando previsibilidad a sus actos, integrando entonces este concepto, se encuentran términos como la seguridad física, la regularidad y eficacia de los mecanismos del Derecho, la calidad y coherencia de las normas que integran el ordenamiento legal y la estabilidad jurídica que se garantiza no con la petrificación de la norma sino con el actuar del Juez mediante su

interpretación y la creación de una línea de precedente que se va moldeando a las necesidades básicas de la sociedad, lo que muta el sistema fuentes del Estado de derecho. (Olivera, 1965)

Como ya podemos advertir con estas breves líneas, el enfrentamiento entre las interpretaciones que surgió de la misma norma, generó un estado de incertidumbre y falta de seguridad jurídica desde la percepción que tenía tanto el operador jurídico de seguir uno u otro razonamiento, como los servidores públicos que eran beneficiarios del régimen de transición y no tenían certeza sobre cómo se liquidaría el IBL de sus pensiones ni mucho menos que factores de cotización se tendrían en cuenta para ello. De manera que se debe identificar que es diferente la seguridad jurídica a la estabilidad jurídica, en el sentido que la segunda se trata de la inmutabilidad de las normas mientras que la primera se refiere a la certeza que de ellas se predica por quienes no las crearon; el segundo concepto se refiere a que las normas cambian en forma constante bien sea por actividad del órgano legislativo o por los Jueces al interpretarlas a los casos concretos y a las necesidades de los ciudadanos, lo que se anuncia desde ya es la manifestación expresa del posmodernismo jurídico y su impacto en el sistema fuentes.

Así, hay un flujo constante de normas que reemplazan y modifican la situación de las normas que existen en un momento, y en donde a medida que crece la complejidad de la sociedad, se van multiplicando de forma proporcional y las posibilidades de interacción exige una demanda continua de normas. El problema de la estabilidad se da porque el derecho evoluciona de manera lenta y desde un escenario espontáneo, que se va produciendo a partir de nuevas normas o pautas de conducta que se generalizan y son aceptados voluntariamente, pero que sucede cuando no hay certeza en el derecho, que la mutabilidad de la norma también se ve afectada pues el precedente orienta su evolución por caminos diferentes y se debe decir únicamente uno de ellos pues de lo contrario las premisas harían incorregible la duda en el marco del Estado.

Forma de ver las cosas que hace pensar, que los ciudadanos exigen que desde la óptica del Derecho, las normas sean actuales y vigentes con una única interpretación y que esta sea la más favorable pues de lo contrario aquel inicia a tener dudas sobre el sistema al que pertenece; es más, reclama protección incluso de las interpretaciones que se hace de la ley pues considera que la hace más real y efectiva y porque aunque no puede cambiar el proceso legal de creación de la ley, en los casos concretos que llegan al juez este si puede actualizarlo para que sea la respuesta más adecuada siempre; sin embargo en los casos de los servidores públicos pese al esfuerzo del Consejo de Estado por mantener unas premisas insostenibles, termino siendo más lógica y pertinente la interpretación de la Corte Constitucional, de suerte que importaba más en el sistema de fuentes el precedente que la propia reforma a la ley que aclarara las vicisitudes en los problemas interpretativos que surgieron.

Por lo tanto, la seguridad jurídica así entendida se convierte en uno de los logros más relevantes de la modernidad; autores contractualistas liberales como Hobber, Puffendorf, Rousseau, Locke y Kant conciben el paso del Estado de entrelaza pre político según su visión liberal a la sociedad, como la máxima superación de la incertidumbre en el derecho y las controversias a un estado de seguridad, pues aquella es un deseo arraigado dentro de todos los habitantes del Estado depositario del liberalismo; de suerte que la seguridad jurídica así entendida se convierte en un principio general inspirador del ordenamiento jurídico, pues se estructura en cuenta a la legitimidad desde la cual alude a un contenido valorativo y a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertados que la conciencia humana reclama de su sistema de normas; por lo que resulta absurdo que el precedente de los jueces tenga criterios diferentes pues tal escenario desconoce claramente la naturaleza del concepto de seguridad jurídica.

Siguiendo esta línea argumentativa, la seguridad jurídica, no es otra cosa que el resultado del análisis de la estructura protectora del Estado, que junto con el principio del IUS GENTIUM representan el esfuerzo de la razón humana que solo tiene lugar entre hombres libres constituidos bajo una sociedad con un modelo político social de derecho. Esto dicho en otras palabras, se traduce en que aquel concepto representa la realidad y exigencia objetiva de regular estructural y funcionalmente el sistema jurídico a través de normas e instituciones y su fórmula es completada con la actividad del juez y el establecimiento del precedente como una forma de manifestar la evolución del derecho y la interpretación que debe reinar hasta la forma incompleta que es el presupuesto normativo. Por lo tanto se requiere de la positividad del Derecho para su realización, pues las leyes debe estar escritas y que el operador judicial no se base así en hechos etéreos, garantizando la estabilidad del ordenamiento jurídico; de allí que se exija a la teoría jurídica positivista del Derecho, (i) generalidad de la norma; (ii) acto de promulgación; (iii) irretroactividad; (iv) claridad y ante su carencia una sistema de precedentes interpretativos unívocos; (v) coherencia, no solo de la norma sino igualmente de los pronunciamientos de los jueces cuando la interpretan al caso concreto; (vi) posibilidad de cumplimiento; (vii) estabilidad que se da gracias a un proceso de poca modificación legislativa y mayor actividad de los jueces; (viii) congruencia entre lo dispuestos en las leyes y su aplicación.

Amén de ello, mucho más en una sociedad en la que sus habitantes cuentan con un estado psíquico en el que perciben satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantizan y a su vez se materializa el catálogo de valores que posee el Ordenamiento Jurídico; No obstante, en el puntual asunto que tratamos tal situación no se generó, precisamente porque no había claridad cual interpretación a la misma norma se debía aplicar. Este término presenta la mayor visibilidad en el ámbito jurídico pero sobre todo en las decisiones judiciales puesto que implica una relación directa

con los debates que a diario se presentan en los estratos judiciales; para autores como Pérez Luño (2005), la seguridad jurídica es “...*Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales...*” (Luño Pérez, 2005)

Entonces la seguridad jurídica así vista es la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismos necesarios con el fin de que los sujetos de derecho obtengan una cierta garantía sobre cómo se van a aplicar las normas jurídicas y que la interpretación que hagan los Jueces sea armónica desde un escenario de unidad de conceptos; como se puede advertir con una lectura de cada una de las posturas que hasta aquí se han analizado, es claro, que las providencias engendraron un estado de incertidumbre a nivel jurídico, lo que termino por afectar la seguridad jurídica que hasta ese momento era pacífica sobre la interpretación de la norma. Los precedentes abiertamente atentaron contra el sistema legal vigente que gozaba de cierta congruencia sobre el IBL de las pensiones de los servidores públicos, en comparación con la necesidad de vida de los sujetos y de sus condiciones.

La legalidad y la seguridad, son conquistas políticas de la modernidad que son aplicadas por el Juez quien investido de competencia para garantizar la vigencia y supremacía de los valores constitucionales desde el contexto de soberanía constitucional, debe optar por la interpretación de la norma que mejor se acomode a los intereses generales y particulares de los ciudadanos, pues aquella actuación genera legitimidad al Derecho de un Estado, pero que en casos como los

particulares terminan en convertirse en luchas de egos e interpretaciones en donde se afecta tanto al servidor público como al operador judicial que no tiene convicción respecto de cual criterio acoger.

El mayor logro de los jueces y de las Cortes de cierre, es lograr mayores niveles de certeza de aplicación del Derecho desde un criterio de unidad de criterios, de manera que la norma evoluciona gracias al precedente y se adapta a los nuevos retos que la sociedad que le exige, alcanzando un mayor grado de éxito y posibilitando que los sistemas de fuentes muten de una doctrina positivista a una posmodernista. Esta certeza en la práctica se advierte con el conocimiento y conciencia que tiene la comunidad jurídica que los jueces van a decir los casos de la misma forma; esto es, previsibilidad jurídica que para nuestro objeto de estudio no se presentó, pues el contenido material de los derechos pensionales de los servidores públicos se vio trastornado, pues no se tenía certidumbre de como los jueces –pues ni ellos mismos los sabían- de cómo iban a interpretar la norma sobre transición e IBL, es más no se sabía cómo se iba a seguir realizando la labor de liquidación de la pensiones, pues el operador judicial estaba en riesgo de que su providencia fuera revocada por una u otra Corporación por la poca estabilidad y consistencia que había en el precedente de las altas Cortes como ya se explicó.

En consecuencia, la seguridad jurídica es un derecho que comprende y resume todos los derechos del individuo y que exige la correcta función tanto del legislativo, como del judicial; de ahí que no se reduzca únicamente a un puro legalismo, sino que se trata de un presupuesto nuclear de la composición de los Estados que se consolida desde la faz objetiva con la expedición normativa pero que termina su camino de éxito con la coherente y única interpretación que realiza el juez en todos los casos concretos, produciendo certeza en el ordenamiento jurídico. Aquel en otras palabras, es un bien jurídico de relevancia constitucional y principio central del

Ordenamiento Jurídico Colombiano derivado del Preámbulo Constitucional que franquea por la estructura del Estado de Derecho que abarca todas las dimensiones del orden judicial y que aunque no se puede esgrimir autónomamente, es una obligación de atención de todas las Ramas del Poder Público especialmente el legislador y el operador judicial, por las especiales funciones que ejercen en el marco de la sociedad al momento de solucionar los conflictos. (Const, C-250, 2012)

La falta de seguridad jurídica en una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social (Const, C-284, 2015), ya que los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones y si en virtud de aquellos y por la carencia de claridad de la norma el operador judicial aplicando la autonomía judicial tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, provoca que las personas no tengan la posibilidad de desarrollar libremente pues al actuar se encuentran bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones, escenario que también le ocurrió a los jueces de menor categoría en el puntual asunto objeto de estudio de este escrito¹⁶.

Ahora bien, es preciso poner de preámbulo a este fin de disputas de Altas Cortes el señalar que la Corte Constitucional en Sentencia SU 354 de 2017, efectúa precisiones respecto de la aplicación de la interpretación que efectúan los Órganos de Cierre de las diferentes Jurisdicciones pues estos deben someterse no solo al Imperio de la Ley sino que también debe salvaguardar los pronunciamientos de la Corte Constitucional como Guardián de la Constitución.

¹⁶ Si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos podrían esperar que el asunto que sometan a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma.

LA CUARTA POSTURA: LA SENTENCIA QUE PONE FIN AL DEBATE ENTRE EL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Luego de más de cinco (5) años de una disputa jurídica de interpretación entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la controversia se zanjó con la sentencia de la Sala Plena del 28 de agosto de 2018, en esta oportunidad se discutió la providencia del 5 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la que indicó que la liquidación de la pensión de jubilación se debía efectuar con el 75% del promedio salarial del último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores sobre los cuales cotizó o realizó aportes el pensionado, de suerte que solo se podía tener en cuenta solo aquellos factores sobre los cuales realizó aportes al sistema de seguridad social y no todos los devengados en el último año de servicio en aplicación de la sentencia de constitucionalidad C-258/13. (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,, 2018)

En esta nueva oportunidad, la Sala plena del Consejo de Estado inició sus consideraciones indicando que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el legislador fijó criterios, requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación entre otras disposiciones en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985; pero que fue con la primera que se creó un Sistema General de Pensiones para todos los habitantes del territorio Nacional con el fin de garantizar con amplia cobertura a la población y el amparo contra las contingencias derivadas de la muerte, la enfermedad, los accidentes de trabajo y la vejez; con dicho presupuesto normativo el legislador quiso proteger a dos grandes grupos poblacionales de personas que se encontraban bajo regímenes pensionales que quedarían insubsistentes ante la entrada en vigencia del nuevo sistema.

El primero grupo poblacional que protegió, fue aquel que tenía unos derechos, garantías y beneficios económicos adquiridos estableciendo para ello, que seguirían disfrutando en las mismas

condiciones la prestación pensional conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hubieran cumplido los requisitos para acceder a una pensión de jubilación.

El segundo grupo de personas al que el legislador quiso proteger, fue aquel que estaba próximo o cercano a adquirir el derecho a la pensión conforme a las disposiciones legales anteriores para este grupo; de forma que la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultra activa de algunos elementos del régimen pensional anterior que los cobijaba, concediéndoles a dichos regímenes unos efectos con el fin de que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos y garantías previstos en el artículo 36 de la normatividad en comento. Este régimen de transición se dio entonces ciertamente como un mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no habían consolidado el derecho durante la vigencia normativa anterior pero que estaban próximos a cumplir los requisitos; caso en el cual se les mantendría ciertos presupuestos y condiciones particulares más favorables y diferentes a quienes fueran cobijados por el nuevo sistema general de pensiones.

De manera que tal y como lo había señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-540/08, la vigencia de la Ley 33 de 1985 regulatoria del régimen general de pensiones para servidores públicos, regia de manera ultractiva y producía efectos jurídicos en el Ordenamiento Jurídico (Const, C-450, 2008); forma de actuar del órgano legislativo que posibilitó proteger las expectativas legítimas que tenían los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que a la fecha de su entrada en vigencia la nueva norma y que estuvieran próximos a pensionarse pudieran acceder a la pensión con el goce de los beneficios económicos que los regímenes anteriores consagraban.

Esto quiere decir, que para los servidores públicos beneficiarse del régimen de transición, debían a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contar con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, en otras palabras, bastaba reunir cualquiera de aquellos requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición.

Recordó el Consejo de Estado que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición se dio hasta el 31 de julio de 2010 y excepcionalmente hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios del régimen de transición contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicio al momento de la entrada en vigencia de aquella modificación constitucional. Forma de ver las cosas que, de acuerdo con la máxima Corporación de lo Contencioso, genera la necesidad de acudir al principio de favorabilidad de materia laboral; labor que corresponde e incumbe necesariamente al juez en cada caso concreto, pues es imposible que en juicios de constitucionalidad confrontar la norma con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 existían.

Esta hipótesis la ha explicado la Corte Constitucional, en providencias como la C-168 de 1995, en la que se indicó que; (...) “la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla [...].La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así

escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador...” (Const, C-198, 1995); luego entonces, las personas que fueron beneficiadas en virtud de dicho principio al momento de consolidar su status pensional, puede optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulados por el sistema general de pensiones previsto en el artículo 33 y 34 de la misma norma.

En lo que tiene que ver con el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición, el Consejo de Estado advirtió en esta oportunidad, que era claro que en lo que tenía que ver con la edad, el tiempo y el monto de la pensión, se remitía al régimen pensional anterior en virtud de los efectos ultra activos dados por el legislador en la ley; pero que en lo que tenía que ver con el termino monto, existían dos interpretaciones posibles, la primera que había sido desarrollada por la sección segunda, indicaba que debía entenderse como la liquidación aritmética del derecho que se realizó con la suma de los respectivos promedios de los factores que debían tener en cuenta y que debe hacerse según el referido artículo 36 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación Número: 470-99, 2000)

Sin embargo, refiere que incluso la Sección Segunda tiene criterios alternos, pues en una providencia del 30 de noviembre de 2000, señaló que:

“Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva ley [...] Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada ley, para establecer la base de liquidación de la pensión, se

escinde la ley, [...] se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados” (Radicado 0950).

No obstante, los últimos argumentos han consolidado la postura de la Sección Segunda de la Corporación, según la cual la expresión “*monto*”, incluida por el legislador en el inciso segundo del citado artículo 36, necesariamente comprende el Ingreso Base de Liquidación como uno de los elementos protegidos por el régimen de transición y, de esta manera, lo ha reiterado en varios pronunciamientos de la Sección Segunda dentro de las cuales se destacan las siguientes:

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 23 de noviembre de 2000. Radicación 2936-1999. C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Consejo de Estado.

Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Radicación 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicación 15001-23-31-000-2003-02794-01(1564-06). C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Radicación 19001-23-31-000-2000-03034-01(2502-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicación 25000-23-25-000-2003-04619-01(4799-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 8 de agosto de 2011. Radicación 25000-23-25-000-2003-08611-01(0447-09). C.P. Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2013. Radicación 25000-23-25-000-2010-00898- 01(0112-12). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. (Consejo de Estado, Sala Plena sección segunda, Radicado. 0112-2009., 2010)

Incluso, la tesis de la aplicación del IBL del régimen general anterior de pensiones a los beneficiarios del régimen de transición fue sostenida en algún momento por la Corte Constitucional en sede de tutela, como lo resumió la misma Corporación en sentencia SU-230 de 2015, al señalar:

“Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya ratio decidendi precisa 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” (Const, SU-230, 2015)

La otra tesis, consiste en que el Ingreso Base de Liquidación, del inciso 3° del artículo 36 debe aplicarse para establecer el monto de la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, luego entonces se liquida de acuerdo con el 75% del salario promedio de los últimos 10 años de servicio de servidor público y teniendo en cuenta únicamente los factores salariales

devengados y sobre los que en efecto se hizo aportes. Para ello, se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional extendió la *ratio decidendi* de la sentencia C-258/13 a controversias de personas beneficiarias con el régimen de transición y a quienes se les aplicara la Ley 33 de 1985 como es el caso de los servidores públicos; de suerte que se afirmó como premisa jurídica que el IBL no hace parte del régimen de transición.

Incluso tiene en cuenta, el precedente de la Corte Suprema de Justicia, quien ha sido constante en señalar que el IBL para efectos de liquidar la pensión en el régimen de transición está regulado por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normativa 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.

Así lo expresó la Corte (2013):

“... esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales. 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 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 3° del artículo 36 citado...” (C-258)

De allí que, a juicio de la Sala plena, en el régimen de transición el Ingreso Base de Liquidación que sirve y debe tener siempre en cuenta para efectos de liquidar el monto de las pensiones de los servidores públicos es el previsto en el inciso 3 de la Ley 100 de 1993 y no por los regímenes especiales anteriores. Considera entonces, que para establecer el monto de la pensión el legislador en este caso y en desarrollo de su libertad de configuración legislativa fijó un elemento, el IBL, el cual cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación directa de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar con esto la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones que tanto se necesitaba; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas y que en virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición se extendió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto modificadorio de la constitución.

Entonces la reforma del sistema de pensiones, implicó un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, respecto del cual se buscó no resultara traumático o desafortunado para

aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirirlo y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo refiere el Consejo de Estado, está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular, ante tal estado de cosas precisa, que aquel cambio en el sistema necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

En el caso de los servidores públicos, con la Ley 100 de 1993 se quiso conciliar la finalidad que motivo la reforma, con la protección frente al amparo que el transito legislativo iba a generar, mediante el referido régimen de transición especial para este grupo de personas; régimen que conservaba en algunos conceptos y reglas del anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Debido al anterior análisis, la Sala plena del Consejo de Estado, concluye que esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del Ingreso Base de Liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

Esta forma de ver las cosas, le permitió entonces fijar como regla jurisprudencial, que el Ingreso Base de Liquidación IBL, del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para los servidores públicos beneficiarios del mismo, que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la ley 33 de 1985. Sin embargo, para liquidar el IBL, fijó como subreglas las siguientes:

“...La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i)

el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. 95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición...

La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. 97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. 98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] 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...”

La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional. 100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones...”

Entonces, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía de forma evidente y caprichosa del principio de solidaridad en materia de seguridad social, pues la inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, aquella premisa interpretativa traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración

enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, , 2010)

De suerte que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consideró que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, de ninguna forma se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado por la fórmula social y de derecho que adoptó, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. Además, que en aquel momento no se tuvo en cuenta que, a través de los años, la Sección segunda no había tenido una posición uniforme en torno a la taxatividad de los factores incluidos en las Leyes 33 y 62 de 1985 y, 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.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis de la taxatividad de los factores de liquidación pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985 ha sido estudiada y acogida por la Sección desde tiempo atrás y, se ha llegado a concluir que no es posible jurídicamente ampliar el listado previsto legalmente con todo lo devengado en el último año de servicios. Por excepción, cuando por criterios de favorabilidad resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se incluye lo devengado, pero durante todo el tiempo que le hiciera falta al afiliado para adquirir su derecho pensional. No es posible compartir el argumento de aquel momento respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de

la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar atendiendo su calidad; además cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

Adicionalmente, que mantener aquella tesis trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia adelante, y para el caso en concreto no para interpretar regímenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores. Como ya se ha dicho otras veces, en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busque la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado y por ello, los requisitos para acceder a la prestación económica derivada de la vejez son cada vez mayores haciendo que su disfrute sea más difícil sin que ello signifique, prima facie, que se disminuyan los logros alcanzados en materia de derechos sociales. Precisamente con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales en materia de seguridad social, se prevén los regímenes de transición.

De acuerdo con esta nueva interpretación en lo referente al IBL si pertenece o no a la transición, por parte del Consejo de Estado, se acata los presupuestos normativos, consideraciones y argumentos expuestos por la Corte Constitucional desde el año 2013, de esta forma se terminó con el evidente choque de conceptos e hipótesis que cada Corporación quería mantener y con esto se acepta por parte del Consejo de Estado que de una forma u otra se encontraba equivocado; dado que indicó que con esta nueva interpretación (i) se garantizaba que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respetaba la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se aseguraba la viabilidad financiera del sistema que es uno de los grandes problemas que identificamos en la primer parte de este escrito.

El Valor del Precedente Jurisprudencial en Colombia

Se puede afirmar que Colombia pertenece a un sistema legislado, en el que la ley es la única fuente de Derecho, premisa que obedece principalmente a la aceptación de la teoría positivista fundada en el respeto del Estado de Derecho; sin embargo, es claro, que luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y cambio de fórmula política al Estado social del Derecho, se dio la oportunidad de que se presentara una mutación constitucional, que ha terminado por entronizar la jurisprudencia como una fuente del Derecho principal y verdadera y no como un simple criterio auxiliar, pues como ya hemos evidenciado en los capítulos anteriores, la labor del juez no solo es resolver los casos concretos sino permitir la evolución jurídica de la norma de forma que aquella no se petrifique en el tiempo y sea inoperante.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, en diferentes sentencias, sobre el alcance que tiene el precedente judicial en nuestro sistema jurídico, con el fin de señalar en qué casos este resulta vinculante para los jueces y las autoridades administrativas; así, en la sentencia C-131 de 1993, declaró inexecutable el art. 23 del Decreto 2067 de 1991, mediante el cual se reglamentó el procedimiento que se surte ante la Corte Constitucional, y que ordenaba tener como criterio auxiliar obligatorio la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, por considerarlo violatorio del art. 230 de la Constitución Política, en este caso el fundamento real de esa inexecutable fue la incompetencia del Congreso de la República pues *“...en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C. Pol. art. 241). [...] Sólo la Corte Constitucional de conformidad con la Constitución, puede en la propia sentencia, señalar los efectos de esta...”* (Const, C-131, 1993)

De otro lado, en la sentencia C-083 de 1995 la Corte Constitucional declaró exequible el art. 8° de la Ley 153 de 1887, el cual señala que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, pueden aplicarse las leyes que regulen casos o materias semejantes o la doctrina constitucional, por considerar que esa norma se limita a referir a las disposiciones constitucionales como una modalidad de derecho legislado, en palabras de la Corporación Constitucional “...*para que sirva como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que sí las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica...*” (Const, C-083, 1995)

El art. 25 del Código Civil establece que “...*la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador...*”, en consonancia con esta previsión, el art. 48 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia– señalaba que:

“...*solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general...*” Esta norma, sin embargo, fue declarada inexecutable, de manera parcial, por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 1996, por violar, el principio de unidad de materia (art. 158 de la Constitución), al tratarse “...*de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir con la administración de justicia...*” Como consecuencia de esta inexecutable, el art. 48 de la ley 270 de 1996 quedó así: “...*La interpretación que por vía de autoridad hace [la Corte Constitucional] tiene carácter obligatorio genera...l*” (Const, C-037, 1997)

También en la sentencia C-335 de 2008, la Corte Constitucional se pronunció sobre la configuración del delito de prevaricato por desconocimiento de la jurisprudencia de las altas cortes,

en los siguientes términos, “...cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos “al imperio de la ley”. La situación resulta ser completamente distinta cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquélla derivan distintas normas jurídicas...” (C-335) . En tales situaciones, estima la Corte que la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar la precedentes sentados por las Altas Cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, son suficientes para garantizar el carácter vinculante obligatorio de la jurisprudencia sentada por aquéllas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción.

Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera *“manifiestamente contraria a la ley”*, ya que, en efecto, en tales situaciones no puede hablarse realmente de una resolución de tales características, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto del servidor público o la providencia del juez no resultan ser ostensiblemente arbitrarios o irrazonables. De hecho, suele igualmente suceder que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas Salas de las Altas Cortes hayan derivado unas normas jurídicas y otras unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia.

Si bien la norma fue declarada exequible de manera simple, sin realizar ningún tipo de condicionamiento, lo cierto es que en la parte motiva la Corte hizo las siguientes consideraciones:

“...La Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan porque la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional. En otras palabras, en los fallos de reiteración la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo 413 del Código Penal.

Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación, en la medida en que la Corte Constitucional acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general. Esta postura del valor del precedente incluso ha sido avalada por el Consejo de Estado, de acuerdo con aquella Corporación:

“...las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, tienen una proximidad casi inescindible con el artículo 230 de la Carta Política, en cuanto diseña la arquitectura de la independencia judicial, condicionada al respeto de la ley, que por supuesto, resultaría menguada si se desconoce que la ley - entendida en su sentido material, norma parlamentaria

y norma constituyente -, le impone al Juez tener en cuenta primero, la organización judicial y segundo, la naturaleza jurídica de las decisiones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme lo ordena el artículo 237-2 de la Carta Fundamental...” (Consejo de Estado, sección segunda, 2010)

Esta forma de ver las cosas, permite establecer una premisa jurídica sobre la cual todos aquellos quienes ejercer funciones públicas tienen el deber jurídico de aplicar el precedente emanado de los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones, en tanto aquellos con sus interpretaciones le están dando vida a la ley y están generando un proceso de evolución del Derecho. Al hablar entonces del precedente y la jurisprudencia, se debe decir que se trata de un conjunto de decisiones uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que aquel nace cuando la *ratio decidendi* se reitera en varias providencias, salvo en las de la Corte Constitucional que por disposición expresa prescinde de esta reiteración como requisitos para la configuración de sus precedentes, los cuales, en adelante, obligan inmediatamente se profieran.

De ahí que en cuanto a la parte motiva de las sentencias proferidas por las altas corte, como lo establece el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, la *ratio decidendi* constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general y sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella; hipótesis que a lo largo de los años le han dado fuerza a la idea de que el precedente en efecto es una verdadera fuente del Derecho y que la aplicación de las providencias de los tribunales de cierre han permitido la mutación del sistema de fuentes en el sistema jurídico colombiano.

En ese orden, se considera relevante establecer la diferencia entre los conceptos de “*antecedente*” y “*precedente*”, sobre los cuales la Corte Constitucional (2012) ha señalado que: “...*el primero –antecedente- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (...) [e]l segundo concepto –precedente-¹⁷, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso...*” (t-830)

Para identificar un precedente, el tribunal de cierre establece que se debe tener en cuenta como criterios:

“...*(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas*

¹⁷ Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y **(iv) precedente- ratio decidendi consolidada** o precedente orientación. Este último hace referencia a “*es la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora, (...)*”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.” (Cons, T-794, T-1317 y T-292 , 2011. 2001 y 2006)

De igual forma, se debe diferenciar entre dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical¹⁸, teniendo en cuenta la jerarquía de la autoridad judicial que profiere la providencia previa. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y el segundo se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción¹⁹. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores quienes deben acatar de forma obligatoria la forma de interpretación en razón de la distribución de poder y autoridad emanada incluso del superior²⁰.

Con base en las reglas anteriores, el precedente, a diferencia de un antecedente, no es orientador sino de obligatorio cumplimiento, más tratándose de las sentencias emanadas por las Corporaciones de cierre y de la Corte Constitucional, como institución máxima encargada de vigilar la Constitución Política²¹. Al respecto la Corte ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

¹⁸ Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁹ Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

²⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ *“La supremacía del precedente constitucional se cimienta en el artículo 241 de la Constitución Política, el cual*

“...La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de `ley` ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción²².

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe²³.

El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica²⁴, igualdad, buena fe y

asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas –principio de supremacía constitucional²¹. En efecto, esta Corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorias tanto en su parte resolutoria, como en su ratio decidendi, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia²¹. Por esta razón, si se desconoce el alcance de los **fallos constitucionales vinculantes**, se “(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando, en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.” Cfr. Sentencias SU-168 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuente necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad²⁵ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales²⁶.

En palabras de la Corte Constitucional:

‘La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico’²⁷.

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares.

En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: tratar las decisiones previas como

²⁵ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

²⁶ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”.

²⁷ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio.

enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes` y `exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante`²⁸ (RADICADO énfasis de la Sala)''.

De lo anterior, se puede indicar adicionalmente que el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata del precedente constitucional, en la medida en que las normas de la Constitución Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del Derecho; por lo que ni siquiera los operadores de las otras Corporaciones de cierre pueden desconocer y aplicar un interpretación en la medida que ello implícitamente llevaría de vulnerar la Carta Política, situación que como vemos en el caso analizado en este escrito, se presentó por un disputa de egos y formas de pensar, en la que al final termino victoriosa la interpretación prevista por la Corte Constitucional.

Entonces precedente toma relevancia en el actual ordenamiento jurídico Colombiano, teniendo en cuenta que forma parte del bloque normativo que debe tener presente el Juez en la interpretación que haga de las diferentes normas aplicadas al caso concreto, escenario que le otorga al precedente el carácter de fuente formal en razón de que tiene relevancia como criterio principal de aplicación utilizada por los jueces en la justificación de sus decisiones. Por lo tanto la interpretación sentada por la jurisprudencia de las altas cortes de una norma específica, hace parte del carácter obligatorio

²⁸ Ver J. Bell. "Sources of Law", end P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. "El precedente en Colombia". Revista de derecho del Estado. Un iversidad Extemado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, "American Law In a Global Context. The Basics". Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) "*Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)*" (traducción libre). "American Law in a Global Context. The Basics". Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

que comprende la ley en sentido material, contexto que permite advertir la mutación constitucional del sistema de fuentes establecido en el artículo 230 superior, no es otra cosa que la forma de manifestación del derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción en virtud de la sucesión armónica de decisiones de los tribunales, por supuesto ese es el idea, se observa que en la práctica como en el caso objeto de análisis del escrito, las interpretaciones llegan a ser contrarias, no obstante tal situación no le resta fuerza al hecho de que la vigencia del precedente es tal que ya no se puede pensar que se trata de un criterio auxiliar, pues de serlo así, no podría generar inseguridad jurídica e incertidumbre en el derecho.

La jurisprudencia toma fuerza vinculante y relevante a medida en que el tiempo y las necesidades sociales le exigen a los operadores judiciales una interpretación específica que comprende el análisis del problema jurídica particular de cara a la norma y los pronunciamientos previos que se han realizado, por lo tanto, su fuerza vinculante se convierte en una propiedad común de las normas jurídicas, Los jueces están obligados a seguir los precedentes validos en casos nuevos análogos por sus hechos y circunstancias, las sentencias, sin embargo, no se pueden contentar con enunciar “*reglas*”, sino que realizan argumentaciones (a veces largas y complejas) con las cuales construyen la plausibilidad de lo judicial de la cual depende la resolución del caso.

Esta “sub regla judicial” (como la llama con frecuencia la propia corte) tiene que ser “extraída” o “reconstruida” de sentencias más complejas. Esto significa que las providencias, lo mismo que las leyes tienen que ser interpretadas. Luego de este proceso, el intérprete es capaz de exponer la “sub regla judicial” que resulta indispensable para la decisión del caso resuelto en el precedente. A esta sub regla (y a los argumentos de los cuales depende más directamente) se le denomina “*ratio decidendi*” del caso (Medina L. , 2006)

Esta institución entonces provee una regla susceptible de ser universalizada que puede ser aplicada como criterio de decisión en cada uno de los siguientes casos, en función de la identidad o como sucede regularmente de la analogía entre los hechos de primer caso y los del segundo. Es de esa manera que podemos inferir, que las normas jurídicas “*son simples epifenómenos sociales que por sí mismo no tienen mayor significado. Solo el estudio de las relaciones sociales y, en particular de las relaciones económicas, puede dar una idea clara del sentido y alcance de los contenidos jurídicos*” (Bernal, 2009). Por esta razón, es posible resaltar que el precedente jurisprudencial es el encargado de darle sentido a las normas que nos son claras y de moldearse al entorno social, y es el delegado para establecer el principio o regla por medio del cual se van a fundamentar todas las decisiones en un mismo tema, en otras palabras, la jurisprudencia es fluctuante, vive en un constante cambio debido al entorno social, mientras que el precedente actúa como base para todas las decisiones y solo es uno.

El Derecho Viviente una Manifestación del Posmodernismo Jurídico y de la Mutación Constitucional del Sistema de Fuentes en Colombia

La constitucionalización del derecho ha traído consigo nuevas teorías de interpretación, tendientes al reconocimiento y materialización del concepto de Justicia constitucional, de ahí que se ha dicho que la teoría del derecho viviente pertenece una corriente de antiformalismo que cambia o transforma el positivismo en el ordenamiento jurídico colombiano y el sistema de fuentes establecido en el artículo 230 de la constitución; por lo tanto en lo que tiene que ver con el derecho de los códigos y las leyes, de acuerdo con esta teoría existe otro derecho que surge de las dicotomías sociales y qué es el que se aplica a partir de la interpretación que de una norma hace el juez al caso concreto.

La interpretación del derecho presenta la nueva problemática del posmodernismo jurídico y busca pacificar las diversas posturas interpretativas y adoptar una que se ajuste a la dinámica social del momento histórico, interpretación que resultase referente de obligatorio acatamiento por parte de los jueces de menor rango, la jurisprudencia a partir del modelo tradicional de fuentes proveniente del Derecho continental se considera un criterio secundario tal y como lo espera taxativamente el artículo 230 Superior, de manera que el precedente siempre está a la sombra de la ley pero cuando se acepta la idea del derecho viviente y de acuerdo con la escuela antiformalista de interpretación se abre una posibilidad de repensar esta estructura y reorganizar junto a la ley el precedente como fuente primaria debido a su fuerza y obligatoriedad.

A lo largo de estos años se han desarrollado varias e inclusive antagónicas posturas frente a su reconocimiento como fuente del derecho discusión que no pretende ser abordada de estas cortas líneas, pero de la que resulta de gran importancia resaltar qué es el reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente y de la interpretación que se hace al derecho viviente que hoy en día se puede hablar de posmodernismo jurídico y de una mutación constitucional del sistema de fuentes en Colombia. El sistema de fuentes en relación con el precedente puede ser visto desde tres momentos, el primero, fue aquel en el cual la jurisprudencia fue vista como una fuente secundaria del derecho y aunque se reconocía su importancia en el desarrollo de la interpretación de algunas normas jurídicas era en términos generales, marginal, ya que no ha y la objetividad de la interpretación estaba vinculada directamente al texto de la ley.

El segundo momento, se puede decir fue cuando se advirtió que la ley no podía responder por sí sola esta expectativa y que se requería de la fuente del derecho viviente contextual y actual que uniéndose a ella la complementará normativamente en casos de indeterminaciones vacíos o contradicción así el principio de legalidad se en tanto para admitir la llegada del poder

complementador e innovador de la jurisprudencia y del sistema de precedentes quién otorga va tanto coherencia conceptual como decisonal y que provenía directamente de la labor del Juez al momento de interpretar la norma aplicarla al caso concreto y reconocer en ella la realidad social política y cultural que en un momento histórico se vivía.

El tercer momento viene ya con la disciplina del precedente y su obligatoriedad como sinónimo de cambio del sistema de fuentes y una transición en la dogmática de la teoría del posmodernismo por razones de igualdad y seguridad jurídica, se estableció entonces que la interpretación de las altas cortes hacían de la ley era sustancialmente la misma ley entonces las bases de la teoría de fuentes establecida en el artículo 230 de la constitución; la interpretación jurídica clara y estable de las normas legales se incorporó directamente a la actividad de todas las ramas del poder público y se generó un cambio de conceptualización del precedente que constituye el desarrollo más importante de la teoría posmodernista e implica un reforzamiento de la obligación de obediencia al presidente por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

Estos tres momentos y premisas jurídicas plantean el Punto de partida de un cambio trascendental en la teoría jurídica positivista aceptada por Colombia pues el Imperio de la ley con el derecho viviente ya no sólo se entiende como la norma en abstracto sino también la interpretación que los jueces han hecho de la misma y que se encuentra materializada en los precedentes de las altas cortes fue precisamente este cambio de pensar en la cultura jurídica lo que posibilitó la mutación constitucional del sistema de fuentes y la aceptación o asimilación en el contexto jurídico colombiano de la teoría posmodernista.

Sin embargo, para poder continuar con el planteamiento de nuestra hipótesis, debe realizar un análisis, de los diferentes pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional sobre el

termino y desarrollo del derecho viviente con posterioridad al 2001. De acuerdo con la sentencia C-875-03, el derecho viviente surge de un estudio que va:

“...enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional...” (Const, C-875, 2003)

En el mismo año, y de acuerdo con la C-901/03, el derecho viviente, es práctico ya que cuando un texto legal es objeto de diversas interpretaciones, y alguna de ellas resulta cuestionada por su aparente oposición a los mandatos constitucionales, el operador judicial puede intervenir para los efectos de establecer su verdadera concepción jurídica y su sentido racional y lógico -a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales-, por lo que debe tenerse en cuenta la interpretación que de la misma hayan hecho la jurisprudencia y la doctrina especializada, pues solo de esta forma se puede resolver de forma adecuada el caso concreto y materializar el postulado de justicia. El juez entonces requiere que pronuncie sobre el sentido real de las normas y, no sobre su significado hipotético. Por lo que, la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria (C.P. art. 234) y el Consejo de Estado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (C.P. art. 237-1), en cuanto cumplen la función de unificar los criterios hermenéuticos y de aplicación de las normas que integran el ordenamiento, resulta ser un referente de gran autoridad para evaluar con mayor precisión el alcance de las disposiciones sometidas al juicio de constitucionalidad y su

interpretación puede ser sometida al control superior cuando desconozca los mandatos de la Carta política. (Const, C-901, 2003)

De acuerdo con la T-836/04, la teoría del derecho viviente, busca dos propósitos esenciales: (i) armonizar el carácter abstracto del control constitucional con los significados concretos y efectivos que adquieren las disposiciones jurídicas en la práctica jurídica y social mediante la interpretación que hacen los jueces de ella; y (ii) armonizar el reconocimiento y protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley (CP arts. 228 y 230) con la función que corresponde a esta Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241), es decir, se hace un reconocimiento tácito de la mutación constitucional del sistema de fuentes, en tanto reconoce el valor de obligatoriedad del precedente y su aplicación directa en la consecución de los fines de justicia. (Const, T-836, 2004)

En otras palabras, la jurisprudencia ha realizado un proceso de entendimiento del texto normativo por lo que debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional para fijar el sentido mismo de la disposición sometida a control, sobre todo si dicha “*interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida*”, por cuanto de esa manera, se reconoce y respeta las interpretaciones legales adelantadas por los funcionarios judiciales y además, el control constitucional recae sobre el derecho realmente vivido por los ciudadanos, y no sobre contenidos hipotéticos, que podrían eventualmente inferirse del texto acusado, pero que no han tenido ninguna aplicación práctica. Estos planteamientos son replicados en providencias posteriores, como la C-802/08, C-309/09, C-442/11, A-170/12, C-418/14, C-193/16, C-221/16 y C-015/18. (Const, C-015, 2018)

Continuando con nuestro estudio el derecho viviente obedece a la práctica jurídica experimentada en la sociedad a través de relaciones jurídicas, actos, comportamientos materiales

plasmados en la jurisprudencia se aproxima Entonces al derecho viviente sociológico, premisa jurídica de la cual autores como Zagrebelsky (2008) considera es la nueva forma de repensar el derecho (Zagrebelsky, 2008). Así entonces el derecho viviente constituye el Punto de partida para replantear los conceptos de validez y eficacia de las normas o reglas jurídicas (Campos, 2013) mediante la aplicación en la jurisprudencia de principios tendientes a la búsqueda de la seguridad jurídica la certidumbre en las interpretaciones que los jueces hacen de las normas, lo anterior en la medida que se reconoce que la norma y la ley desde su perspectiva abstracta está en la imposibilidad de regular todo el cosmos jurídico en una sociedad y sólo mediante la interpretación que descende de los textos y la forma cómo se vive en un estado es la que permite la consolidación de la actividad judicial.

Esta forma de pensar resalta el papel interpretativo de los jueces ya que la norma o regla del derecho escapa su mera literaria jurídica la teoría del derecho viviente tiene su génesis en los planteamientos desarrollados por la corte constitucional italiana en la sentencia de constitucionalidad de 1956 en la que se indicó:

“...si bien entiende que puede y debe interpretar con autonomía de juicio y de orientación es la norma constitucional que se ASUME violada y la norma ordinaria que se acusa de violarla, no puede no tener en debida cuenta una constante interpretación jurisprudencial que confiere el concepto legislativo su efecto valor en la vida jurídica, sí es verdad, como lo es, que son no cómo aparecen en abstracto, si no como son aplicadas en la vida cotidiana por obra del Juez, dirigidas a volver las concretas y eficaces...”. (Corte Costituzionale italiana,, 1956)

Entonces la interpretación de la ley es una cuestión de competencia del juez ordinario ajena al juicio de constitucionalidad el cual por el contrario está orientado a eliminar las normas viciadas y no a valorar la incertidumbre en relación con su aplicabilidad. Por lo tanto, la jurisprudencia

constante se concibe como una herramienta para suprimir los vacíos jurídicos que el legislador con ocasión la expedición de la ley pudiera haber creado situación que se plasma en la ley 61 de 1886 y que mediante la ley 169 de 1896 el ordenamiento jurídico colombiano optó por abolir la rigidez del cambio de precedente.

De ahí que la fuerza normativa de los pronunciamientos de las altas cortes proviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de aplicar la ley e interpretarla y de su función es la de unificar armónicamente la norma, su interpretación y el derecho viviente de este planteamiento deviene entonces la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades, sumado también al principio de buena fe entendido como la confianza legítima en la conducta de las autoridades del estado y finalmente de la interpretación del ordenamiento jurídico que realiza el operador judicial confrontando continuamente la norma con la realidad social que pretende regular.

La corte constitucional introdujo por primera vez el concepto derecho viviente en la sentencia C-557 de 2001 en la que se cuestiona el valor de la interpretación normativa y el papel de la jurisprudencia en casos de múltiples interpretaciones posibles, en aquel momento manifestó que:

“cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones posibles hay una incompatible con la constitución la interpretación jurisprudencial y doctrinal del texto normativo demandado debe ser tomada en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la Norma objeto de control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad jurisprudencial y doctrinal representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, a coger la salvo que sea incompatible con la constitución” (Const, C-621, 2015)

Es claro entonces que se reconoce así el papel relevante de las fuentes de antaño que se consideraban auxiliares dentro de la interpretación judicial de las normas jurídicas y abrió paso al posmodernismo jurídico, desde ese momento el tribunal constitucional fijó una regla para poder determinar cuándo se configura un verdadero derecho viviente y no una simple aplicación de la ley, al respecto preciso que:

“ son requisito sine qua Non los siguientes: 1 la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencia significativas, no puede hablarse de un sentido normativo Generalmente acogido sino de controversias jurisprudencial); 2 la interpretación judicial debe ser consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; 3 la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma” (Const, C-1294, 2001)

Por lo tanto, la doctrina del derecho viviente así concebida promueve un diálogo institucional respetuoso de las competencias de los diversos órganos judiciales, así como un escenario abierto a las características del contexto hermenéutico, es claro que los operadores judiciales pueden apartarse de la interpretación predominante de la norma cuando aquella es incompatible con la constitución. En este caso, la doctrina del derecho viviente permite a los tribunales de cierre orientar la interpretación y aplicación unívoca de las normas legales de una forma que resulte conforme a la constitución y frente a lo cual termina por cumplir la función de garantizar la efectividad de las normas constitucionales que de otro modo continuarían siendo aplicadas de una manera contraria a la carta política.

Aunque la función más frecuente la doctrina del derecho viviente es la contribución al momento de fijar el significado de las normas, está también cumple funciones adicionales como la de determinar la vigencia de la disposición normativa cuando el operador judicial indica que la ley fue derogada. A llegado a tal punto la evolución de la teoría del derecho viviente que el control abstracto de constitucionalidad puede recaer cómo lo vimos en este escrito sobre la interpretación que los jueces hacen de la Norma por lo que aquella surge de un estudio en marcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de estado y por ello se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley y no de la constitución política en sí misma por lo que se trata entonces de una concreción del principio de legalidad desde la óptica del posmodernismo jurídico.

El proceso entonces de constitucionalización del derecho ha implicado un cambio de paradigma en lo que se refiere al sistema tradicional de fuentes, en tanto ha replanteado el modelo de jerarquía de las mismas con el fin de hacer prevalecer el concepto de Justicia constitucional establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, de suerte que con ocasión al proceso mencionado, se ha concebido como elemento integrante de las disposiciones normativas positivas la interpretación consistente en otros casos ambivalente a través del sistema de precedentes de las altas Cortes, sin que ello implique el desconocimiento de la Ley general, abstracta e impersonal.

El referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas se encuentra orientado en el sistema de precedentes el hecho de aceptar la mutación del sistema de fuentes no implica el desconocimiento literal del contenido de la constitución sino que por el contrario se está protegiendo tanto la norma superior como la que se interpreta de una forma más adecuada a la realidad social y es precisamente esta premisa la que nos lleva a lo que hemos denominado el

posmodernismo en su máxima expresión de suerte que se cumplen los principios de seguridad jurídica legitimidad eficacia y eficiencia de la norma.

El reto para el Ordenamiento Jurídico Colombiano en este momento es el de desarrollar un mecanismo legal que establezca y fijé la supremacía de la corte constitucional y que de esta forma permita armonizar las diversas interpretaciones entre las altas Cortes a través de sentencias o de control abstracto de constitucionalidad del derecho viviente. Sin lugar a dudas, el posmodernismo cambió la forma de pensar de los operadores judiciales pues como vimos en este escrito Incluso el Consejo de Estado quién afirmó por varios años que sus decisiones no eran susceptibles de cuestionamientos posteriores por órgano alguno debió a acatar las decisiones judiciales que mediante el trámite constitucional de tutela modificaron aquellas providencias, este desarrollo nos permite observar cómo luego de la Constitución de 1991 el sistema de fuentes ha cambiado progresivamente e incluso la cosa juzgada ha perdido o más bien ha cedido elementos de intangibilidad e inmodificabilidad, puesto que si bien la decisión del caso concreto se debe mantener incólume en aras de la seguridad jurídica y de la autonomía independencia del operador judicial la interpretación que dentro de su parte motiva hace el juez de una norma debe ser en todo momento compatible con los postulados constitucionales dado que materializa el estado social de derecho y se convierte en una expresión propia del posmodernismo.

Progresivamente los jueces han ido aceptando que la Corte Constitucional es el determinador en la orientación e interpretación de la Carta Magna y por lo tanto deben obedecer y respetar sus decisiones, si esto no es una mutación constitucional tácita del sistema de fuentes entonces estaríamos siempre bajo la petrificación de la norma en el tiempo. De manera tal que incluso las interpretaciones sobre una norma fijada por otro tribunal de cierre, debe prestar atención no sólo a los postulados constitucionales sino también al precedente fijado por la corte; estamos ante la

primacía del precedente sobre otras determinaciones judiciales en la medida que aquel desarrolla el derecho viviente y se hace uno solo con la constitución ya que la interpretación resulta armónica su contenido.

De allí que los jueces sólo pueden hacer coherente sus decisiones cuando aplica la norma, observa la interpretación que de esta se ha dado por parte del precedente y la aplican al caso concreto atendiendo para ello los contenidos normativos establecidos en la constitución y la realidad social política y cultural que sólo el operador judicial puede advertir entonces surge evidente como la interpretación jurisprudencial se por parte de los administradores y operadores judiciales escenario que plantea y refuerza la transformación o mutación del sistema de fuentes en Colombia. El derecho entonces se concibe como algo más allá del contenido estático de los textos normativos por lo que los jueces tienen entonces a su cargo la realización de procesos de creación normativa, en dónde es posible encontrar una verdadera interpretación de los presupuestos normativos a través de la forma en que estos han venido siendo entendidos y aplicados en un momento determinado por quién tiene la función de darle alcance a esta clase de escritos.

El Ordenamiento Jurídico Colombiano es el resultado de la recepción local del positivismo Kelseniano, la cual aplicada desde finales del siglo XX, sin embargo, con la concreción del nuevo modelo político en el 1991, se inició la actualización metodológica del derecho clásico y del marco teórico general de exposiciones doctrinales y jurisprudenciales más tradicionales, a través del rompimiento de la exegesis de la ley y la influencia del sistema de precedentes en la evolución del Derecho, a este proceso se llamó la influencia del posmodernismo jurídico en el sistema de fuentes; el cual se trata de un procedimiento de actualización del Derecho mediante la producción de normas emanadas de la obligatoriedad en la aplicación del precedente jurisprudencial, tanto por los servidores del Estado como para los operadores judiciales; bajo esta hipótesis, la estructura

teórica dominante en la creación y producción normativa terminado siendo el resultado del precedente y las decisiones de los jueces, lo que engendró la mutación constitucional del artículo 230 de superior. (Medina D. , 2004)

El precedente después de 1991, se caracterizó por su creatividad y constructivismo a la hora de interpretar la ley, esto implicó la extensión veloz del derecho y su correspondiente actualización en el tiempo a las nuevas necesidades de una sociedad que necesitaba del protagonismo del juez. Esta transición intelectual, jurídica y practica que se dio con el valor del precedente del siglo XXI, implicó una teoría local del derecho que se movió del positivismo al modernismo, en la cual las decisiones de los jueces unipersonales y colegiados de cierre realizaron y estabilizaron el puesto que ocupaba como criterio auxiliar la jurisprudencia y se afirmó paulatinamente el valor de obligatoriedad como se vio en el capítulo anterior incluso mediante el estudio del Derecho viviente, que es una forma jurídica de avanzada que sin lugar a dudas cambio por completo sin modificar el texto literal del artículo 230 el sistema de fuentes; de ahí que se puede afirmar que sin lugar a dudas, hoy en día el resultado de la actividad del juez y de las Corporaciones encargadas de unificar criterios, es una fuente principal y de obligatoria consulta junto a la ley.

Si bien con la Constitución Política de 1991, se concretó un punto de cambio institucional, fueron las interpretaciones que de su texto hace la Corte Constitucional y las que realizan las demás Cortes de cierre de cada jurisdicción sobre normas de su competencia que se aplican a los casos concretos que son de su conocimiento, que se cambió la conciencia intelectual del precedente como criterio a auxiliar, a una concepción en la que las providencias en sus *ratios decidendis* son verdaderos supuestos normativos, imperativos impersonales, generales y abstractos que son respetados incluso en las relaciones civiles y mercantiles privadas. Este hecho, generó sin dudas un cambio sistémico y formal en las fuentes del derecho contenidas en el artículo 230 superior, de

manera que se inició a ver por parte de la comunidad jurídica a los códigos y las leyes como meras reglas contradictorias, como textos vacíos o degeneradamente incompletos los cuales requerían de una activa interpretación por parte de los jueces en los casos concretos, de manera que los completaran y el derecho evolucionara a medida que lo hacia la sociedad que protegía.

El precedente jurisprudencial pareciere tener figuras que le son muy similares como la doctrina probable o la jurisprudencia, empero lo cierto es que son materialmente divergentes y es el punto a explicar que la jurisprudencia se asocia al número de veces en las cuales el Juez supremo de mayor jerarquía, o quien actúa como órgano de clausura mantiene una misma línea de argumentos frente a la manera como debe aplicarse una normativa para aplicarse al caso en concreto; por otro lado encontramos al precedente el cual no está sujeto al número de veces en que es proferida una decisión en el mismo sentido, sino que este depende de una única providencia en la cual una alta corte precise una nueva regla o subregla del derecho y es así como este último se ha adherido al ordenamiento jurídico colombiano convirtiéndose en verdadera fuente de derecho bajo el precepto de una carta magna vinculante, lo que ha generado una divergencia tanto por su concepto como por su alcance.

Al integrarse la fórmula jurídica de integración de la ley con la jurisprudencia, el poder del Juez se vio incrementado, pues aparte de resolver el caso aplicando la ley y la constitución, estaba en la obligación de completar la ley y actualizar el derecho mediante las providencias que se ajustaban a las necesidades propias de quienes estimulan la jurisdicción, hemos visto como en los últimos años las reformas jurídicas formales y las reglas básicas de análisis jurídico aceptables se encuentran no en la ley sino en la jurisprudencia y en donde gracias a la labor del juez mediante decisiones jurisdiccionales reforma los mandatos del positivismo.

Los reformadores judiciales posmodernistas generaron una narrativa positivista para convencer que el cambio en la teoría del Derecho fue ordenada por la interpretación que se hacen de las normas para satisfacer el mismo propósito del legislador y en sí mismo de la existencia del Estado; este proceso de actualización se ha venido gestando de que entro en vigencia la Constitución Política de 1994, pues significo el abandono del obediencia estricto a la ley y a encontrar en el precedente un simple criterio auxiliar. El posmodernismo así visto, aboga por que la misma ley era la que había ordenado desplegar nuevas formas de análisis, interpretaciones e integración normativa, esas creaciones, modificaciones y recreaciones que realizó el operador judicial a lo largo de estos 25 años consolidaron el cambio del modelo positivista acérrimo o *hard law* por una postura de *soft law* en la que el papel protagonista está en el juez quien es el encargado de solucionar el conflicto aplicando e interpretando la norma con fallas para terminar por crear mandatos y reglas de obligatorio cumplimiento que ingresan a la ley en sentido formal.

La justificación como vimos del valor del precedente y en si mismo de la mutación del sistema de fuentes se justifica en los nuevos retos y desafíos teóricos y prácticos que la puesta en marcha de un modelo de Estado social de derecho impuso. Ante lo cual, el Juez se tuvo que enfrentar con el cambio de la teología de la norma y la forma diversa en que se debía ver con el fin de actualizar y generar espacios de evolución normativa sin necesidad de la intervención del legislativo, no se trató solo de un cambio constitucional, sino también de una forma diversa de dar respuesta a fuerzas y necesidades culturales profundas que cambiaron con la Constitución de 1991.

El posmodernismo y la fuerza del precedente, contienen no solo un contenido sustancioso en principios y reglas sustantivas de derecho, sino también abarca reglas ius teóricas de segundo nivel de obligatorio cumplimiento, para los jueces; los funcionarios del Estado y en algunos eventos para los ciudadanos en el ejercicio de sus negocios y actividades cotidianas. Este nuevo leguaje

jurídico determina y reduce la comprensión de la norma y del derecho, de suerte que las decisiones judiciales terminan por conferir datos de estructuras, esto es, convertirse en verdaderos espacios de cambio legal formal que reconocen los contextos culturales de los sujetos que estimulan la jurisdicción y que eventualmente se han ido transformando en actitudes e ideas que comparten los juristas sobre determinada interpretación del Derecho.

El posmodernismo entonces es aquel conjunto de ideas que influencia las formas de organización de fines políticos, actitudes morales, percepciones generacionales, prácticas educacionales, estructuradas a través de una sentencia de los jueces que crean precedente y que se hace de obligatorio acatamiento posterior no solo para las partes que intervienen sino para los demás que se encuentren en los mismos casos, esta es la razón por la cual se afirma que se muta el sistema de fuentes, porque en la práctica se acude al precedente y la ley de forma que forman una unidad en criterio principal de aplicación en la teoría jurídica colombiana, esta forma en como muta el sistema de fuentes superior, es lo que se entiende como la manifestación del posmodernismo y el camino intelectual hacia el cual se dirige nuestro Derecho, por lo que este ya no se puede determinar de manera exclusiva por normas jurídicas positivas.

La base del posmodernismo se asienta en que el derecho ya no está constituido por reglas positivas vigentes sino por principios jurídicos inducidos, deducidos y/o propuestos por los jueces que fijan sus criterios en la aplicabilidad de una norma incluso derogada que aún produce efectos jurídicos de forma que no se ignora los problemas morales y políticos tanto generales como específicos que trae consigo la labor del legislador, la cual es imperfecta, la cual es plasmada en una decisión judicial que posteriormente será fundamenta de otra, escenario que plantea como se le da vigencia al derecho y de esta forma se actualiza; ya no es necesario separar el derecho de la justicia como se planteó en el positivismo Kelseniano sino que por el contrario el Juez aplicando

una norma de generar su interpretación busca consigo hacer justicia y en donde ya no se escuda en el principio romano de *dura sex lex*; pues se acepta que la norma pura deja una comprensión estrecha arraigada en la legalidad absoluta que solo puede ser aplicada interpretándola de cara a la situación concreta y a los postulados constitucionales que le son imperantes.

La aplicación de las normas jurídicas ya no es un proceso de subsunción lógica, bajo premisas mayores formadas abstractamente, por el contrario el nuevo derecho hace uso de constantes lecturas e interpretaciones de la ley transformando así el sistema de fuentes, la experiencia jurídica es una manifestación de vida humana viviente, lo cual quiere decir la variabilidad e irracionalidad de la decisión jurídica frente al objetivismo ingenuo de la norma, en donde el precedente se convierte en una decisión política variable y distinta siempre condicionada por ciertos supuestos históricos y sociales que permiten la evolución del sistema para que este se moldee a las nuevas necesidades.

El precedente jurisprudencial funciona en el nuevo derecho, porque es una determinación de aplicación del derecho positivo que tiene en cuenta la concepción del mundo y asumida por el Juez poniendo de presente los intereses del ciudadano y del Estado, de acuerdo con la situación histórica y social por la que se vive y se encuentra ubicado puede proferir la mejor decisión que posteriormente será consultada por otro juez cuando se encuentre en las mismas condiciones. La valoración de las decisiones judiciales desde lo político, se produce de forma adecuada pues no existe una discrecionalidad o caprichoso en la interpretación, esto en principio es la teoría, pues como se vio a lo largo de este escrito, muchas veces las Corporaciones de cierre profieren determinaciones con interpretaciones normativas diferentes, lo que deja consigo un rastro de inseguridad e incertidumbre jurídica a su paso; no obstante se está por un buen camino de

evolución en el que al reconocerse esta nuevo derecho el operador judicial tenga la capacidad de aceptar su misión y se comprometa un poco más con ella.

Aun con todas estas dudas, el posmodernismo se presenta porque es claro que se reemplaza la seguridad jurídica vista desde el obedecimiento fiel a la norma por el reemplazo por una mejor percepción en los contenidos sustantivos del derecho, la justicia y la equidad abandonaron la consideración puramente formal del derecho y se les permite ahondar en las diferentes necesidades de los grupos sociales marginados o excluidos que por la ley en crudo no han podido ver garantizados sus derechos de rango superior, esta labor solo la puede permitir la labor del juez y del precedente considerado en sí mismo.

El cambio consiste en criticar y abandonar la pretensión de deducción normativa y de determinación mecánica de resultados en el análisis jurídico y más bien adherirse a una lógica mucho más fluida de apreciación y ponderación de circunstancias concretas de cara a la interpretación que de la norma realice el Juez. El nuevo derecho está relacionado con el aumento del poder normativo directo de los derechos fundamentales y humanos que la transformación del precedente y de las antiguas cortes en verdaderos tribunales de derechos en los cuales las cláusulas constitucionales y legales son interpretadas de manera expansiva y severa rompiendo el paradigma de las fuentes del derecho y en donde la labor de actualización del Juez cierra el abismo cultural y temporal que se suyo existe en el texto de la ley y las realidades que pretende gobernar.

Los textos abiertos de la norma pueden entonces ser interpretados para dar cabida a deducciones novedosas en las que los jueces realizan ejercicios legítimos de integración e interrelación del derecho y se armonizan con las nuevas concepciones que tiene la sociedad de corrección política y moral. De esta forma las Altas Cortes, optaron por ofrecer espacios constitucionales de recepción, adaptación y legitimación de la nueva forma de comprender el derecho, mediante la

interpretación de la norma y aceptando su papel fundamental en el escenario de las fuentes traducidas en el posmodernismo del cual hemos venido hablando. El derecho sufre cambios sufre cambios bajo esta hipótesis no solo por modificaciones del derecho positivo sino por las formas de comprender e interpretar la norma y el derecho vinculante, incluso el litigio cambio pues se ve al precedente como una fuente directa para controvertir los actos del Juez y de las partes y se tiene presente en todo momento como forma de legitimidad del poder público.

Así fue como se reconfiguro el sistema de fuentes, conformando protocolos del nuevo derecho y el precedente y la interpretación de las altas cortes respecto a las normas del derecho positivo se vuelven obligatorias para los inferiores funcionales, siendo necesario se cumpla y obedezca lo dicho. La tarea de adjudicación burocrática estandarizada se confió al juez que aplica códigos y leyes; y la tarea de corrección equitativa y justiciera de aquellos fue otorgada a la jurisdicción constitucional. El posmodernismo es un movimiento que se centra en una visión del derecho constitucional como desafía y critica general a la cultura jurídica prevalente en Colombia, y que como vimos en el caso objeto de estudio de este escrito puede llegar a tener problemas cuando la univocidad de criterios se ve sacrificada por los egos personales y de interpretaciones entre Cortes. En nuestro caso, es evidente que la actitud de la Corte Constitucional desde el 2013 se dio por romper con el imperio de caracterización de enormes desigualdades entre clases, fenómenos de exclusión y marginalidad de las minorías y muy severas limitaciones económicas, lo que llevo a que el Juez interpretara la norma en favor del ciudadano y de la estructura constitucional básica.

La teoría jurídica cambio no por el papel del legislador o por la dogmática que traía consigo las autoridades del Estado, sino por el sentido de cambio a nivel político, social y económico que provocó el cambio de modelo constitucional; así la labor de juez buscó actualizar la norma jurídica mediante una interpretación que se acomodara a la realidad del nuevo siglo en casos como el

derecho viviente y de los sistemas pensionales como se vio en este estudio. El precedente sirvió para liberar a los jueces del yugo estricto del texto jurídico y qué es una clara divergencia entre lo tradicional del positivismo hermenéutico; superamos la textura abierta de las normas por una en la que la interpretación de los tribunales de cierre es la fórmula para completar el derecho. El derecho visto desde el positivismo es aquello que los jueces dicen a través de las sentencias y por eso el esfuerzo por la unidad de interpretación entre las Cortes es precisamente para garantizar la seguridad jurídica de la Constitución exige y que el modelo político ha diseñado.

Se acepta entonces que el legislador al crear las normas no puede determinar de forma absoluta todos los resultados jurídicos ya que el lenguaje tiene una zona oscura imposible de eliminar y que sólo puede ser completada por el activismo judicial unívoco no problemático que ofrece la actividad del Juez mediante la interpretación de la norma oscura. Desde la teoría del derecho positivo el ordenamiento jurídico requiere continuamente de complementación judicial y para eso la teoría jurídica del nuevo derecho o posmodernismo se interesó en la forma como los jueces deciden correctamente los casos aplicando o creando precedente jurisprudencial complementando así la fórmula del derecho y la determinación de la norma; de ahí que se superó del positivismo y del antiformalismo para llegar a hablar de un posmodernismo desde la mirada de las fuentes del Derecho y del impacto que tiene las decisiones de las altas cortes incluso en el estudio del derecho viviente; ocasionando así un caldo de cultivo que terminó por engendrar un debate en la teoría jurídica del Siglo XXI.

Hoy en día la actividad de adjudicación normativa no está dominada por las convicciones legalistas, formalistas y textualistas que hemos explicado anteriormente; por el contrario, se observa que no se muestra con extrañeza la idea de la obligatoriedad del precedente. Sin lugar a dudas la doctrina de la jurisprudencia representa en el posmodernismo jurídico colombiano un

esfuerzo para promover a los jueces de instancia hacia una comprensión pos clásica del derecho, por sin este cambio cultural era imposible lograr una aplicación dinámica y enérgica de los derechos fundamentales implícitos en todos los casos judiciales ventilados en la jurisdicción.

La cultura jurídica colombiana y sus jueces han variado el sistema de fuentes y retienen dentro de su ejercicio profesional gran parte de la concepción posmoderna del derecho; el derecho legislado y codificado ya no sigue siendo el ideal de legalidad propio de la teoría jurídica positivista, sino que este principio se logra conseguir gracias al precedente que Integra e interpreta la norma en cada caso concreto; no se trata de una discusión judicial sino por el contrario se trata de una verdadera forma de lograr la unidad del precedente cómo se puede ver con este estudio desde el contexto del derecho viviente el régimen pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición y la forma como las diferentes corporaciones interpretaron la norma de cara a la realidad concreta que cada caso le sugería.

Las Altas Cortes sin variar sus competencias ordinarias, legales y constitucionales se convirtieron paulatinamente en tribunales de transfondo superior y protector incluso en casos generales, situación que generó que sus poderes aumentarían para crear derecho sin necesidad de intermediación legal y ofrecer un modelo propicio para la transformación de la teoría local jurídica, que como hemos visto ya no es otra cosa que el posmodernismo jurídico. Esta forma de ver las cosas permite advertir que se amplió la capacidad de los jueces de cierre para interpretar la norma de cara a las realidades sociales y del derecho viviente y de esta forma completar la fórmula del derecho positivo incompleta por la falta de capacidad del legislador en establecer en su contenido todos los casos posibles.

De esta forma el Juez actúa libre pero dentro de los parámetros establecidos por la Constitución en aplicación de la nueva fuente que ya reconocemos como el precedente jurisprudencial y de este

modo gracias al desarrollo paulatino de la obligatoriedad de las decisiones de los jueces y pasó de ser considerado un criterio auxiliar a uno principal en la actividad jurídica diaria del país y que junto a la ley permiten garantizar a los ciudadanos la seguridad jurídica y la unidad de criterios que la teoría constitucional requiere. Se debe advertir que este es un proceso que lleva tiempo pues como hemos podido observar existen algunos casos en los cuales los jueces de cada jurisdicción debido a sus condiciones particulares deciden interpretar de forma contraria mas no por ello arbitraria una norma.

Podemos decir entonces que la disciplina jurisprudencial venció el formalismo de la ley y el sistema clásico de fuentes para iniciar una nueva etapa que hemos denominado el nuevo derecho o posmodernismo jurídico; nos encontramos ante una forma política inédita en el continente, dada por una nueva cultura jurídica y una teoría diferente al positivismo clásico que sirve ahora al Estado social de derecho, y, qué es el producto de la singularidad del precedente junto con la interpretación de la Norma, el derecho viviente, y las convicciones culturales, intelectuales, sociales, políticas, con las que cuenta el Juez. (Pulido, 2009)

La jurisdicción y las sentencias provenientes de los Jueces optaron por interpretar las disposiciones del derecho frente a la constitución y a las necesidades propias de los ciudadanos de manera que sus enunciados y razonamientos se convirtieron en verdaderas disposiciones de obligatorio cumplimiento y vinculantes para los demás jueces. A pesar de que el derecho Colombiano tiene una estructura y los fundamentos de un sistema de derecho constitucional de derecho continental, se puede decir que después de la evolución del precedente a causa de la vigencia de la nueva Constitución tanto el derecho positivo como la praxis judicial reconocieron en aquel un criterio principal como fuente de interpretación de la ley, de manera que se reitera el sistema de fuentes del Derecho Colombiano contenido en el artículo 230 Superior.

Aunque Colombia no escapó al racionalismo codificado post revolucionario francés que eligió a la ley en la principal fuente del derecho y atribuía a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar las nuevas corrientes que trajo consigo el estado social de derecho permitieron la recepción de una teoría jurídica en la que la fórmula del Ordenamiento Jurídico se completa cuando el juez interpreta la norma y la aplica al caso concreto; en la medida que dicha interpretación corresponde a la actualización de la ley y posibilita que el derecho no se petrifica en el tiempo.

Entonces según esta línea argumentativa, el Juez no desconoce el valor de la ley sino que por el contrario aplica al caso concreto la mejor interpretación jurídica que se le puede dar a la norma general impersonal abstracta y por lo mismo en completa; si bien el artículo 230 Superior reiteró la fórmula tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia, no es menos cierto, que el activismo judicial permitió el nacimiento y él sí mismo el cambio del positivismo clásico aún postmodernismo judicial, quiere decir lo anterior que no existe una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación e interpretación mediante la jurisprudencia, pues son una cara de la misma moneda. (Medina D. E., 2010)

Al pensar de esta forma se garantiza la coherencia del sistema jurídico, su estabilidad, uniformidad en su aplicación y el respeto al principio de igualdad y de estabilidad que pregona el Estado Social de Derecho Colombiano; estamos pasando por un proceso de evolución en la forma como se ve a la jurisprudencia y al precedente en tanto ahora se reconoce que aquél tiene la capacidad de amoldar las vicisitudes que sobrevienen en la realidad social y que por lo mismo permite corregir los errores tanto de la norma cómo de la interpretación que se ha hecho en el pasado. La mutación del artículo 230 se dio por vía jurisprudencial y se apartó del concepto de criterio auxiliar, de manera que se considera en este momento al sistema de precedentes como un elemento que forma parte del imperio de la ley a la que por supuesto el Juez está sometido; esto

quiere decir, que el Imperio de la ley se refiere a todo el Ordenamiento Jurídico y no sólo a la ley en sentido formal, al romperse este paradigma el Juez y los operadores judiciales están obligados a obedecer la interpretación que las Altas Cortes hacen de la norma, de lo contrario caeríamos nuevamente en el contexto en donde las decisiones judiciales aplican estrictamente la ley y no buscan aplicar criterios de justicia.

El sistema de precedentes así visto resulta ser flexible en tanto puede ser modificado a medida que las necesidades de los ciudadanos varían y que los cambios políticos generan nuevas realidades sociales y económicas; por el contrario, la ley no tiene tal característica sí al no ser interpretada, actualizada y evolucionada se petrifica bajo un texto inamovible hasta tanto el legislador no produce una nueva ley que la modifica. Ante la característica cambiante del precedente se posibilita un escenario de transparencia mediante el cual la comunidad jurídica general tiene certeza y certidumbre respecto de la forma como el juez ha de resolver los casos similares.

La argumentación que las determinaciones de los jueces contienen en su parte motiva son la fuente principal mediante la cual se evidencia la mutación constitucional del sistema de fuentes, en tanto es claro que la realidad jurídica consulta tanto el texto de la norma como las interpretaciones que las corporaciones de cierre de las jurisdicciones han realizado. El legislador entonces no puede regular el precedente en la medida que aquel está directamente relacionado con principios constitucionales y por lo tanto no podría este modificar un precedente mediante una norma, puesto que tal forma de actuación implicaría crear un sistema rígido que ya fracasó en el tiempo.

La renovada interpretación constitucional de la noción del derecho viviente y de las fuentes que guían el ordenamiento jurídico han impuesto una nueva forma y manera de apreciar el valor jurídico y doctrinal que tiene el sistema de precedentes, motivo por el cual se ha buscado que exista

unidad de criterios interpretativos entre los tribunales de cierre sobre materias tan controversiales como las que fueron objeto del presente estudio, esto dado que se requiere certeza en el Ordenamiento Jurídico premisa que sólo es posible consolidar en tanto los máximos tribunales de cierre de cada jurisdicción interpreten la norma que forma unívoca y acomodando su razonamiento a las necesidades que la práctica jurídica requiere.

Esta práctica generó una disciplina del precedente que difiere en forma muy importante de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa o como criterio auxiliar en la actividad del Juez; lo anterior puesto que hoy en día se da y se reconoce al sistema de precedentes como una regla fundamental y criterio principal a la hora de resolver el caso concreto. Al hallarse la interpretación judicial efectiva que de la norma se debe hacer el Juez y los demás funcionarios del estado deben aplicar aquella interpretación pues entiende que la misma está de conformidad con la Constitución Política de Colombia, precisamente la Corte Constitucional impulsó un control sobre la interpretación que de la norma hacen los jueces, esta situación la pudimos advertir en el caso que se estudió en este escrito, puesto que la guardiana de la Constitución decidió realizar control de constitucionalidad no sobre una norma derogada sino respecto de la interpretación que de ella se había hecho y que ante la ultractividad de la ley aún estaba siendo aplicada.

Al realizar control sobre dichas interpretaciones se busca entonces la unidad de criterios al momento de aplicar la fuente del derecho, esta premisa sin lugar a dudas resume y traduce lo que significa el posmodernismo jurídico de cara a nuestro estudio. La actividad judicial realizada por la Corte Constitucional con la sentencia del año 2013 se traduce en un control de constitucionalidad de la interpretación que de una norma sobre el régimen de transición de los servidores públicos realizó el tribunal de cierre de lo contencioso, lo anterior con el fin de que dicha interpretación

fuera consistente idéntica y uniforme con los mandatos constitucionales y con los criterios que las otras corporaciones habían fijado.

Cómo se puede advertir fijar el significado de la norma y el querer del legislador no es una tarea fácil y el Juez como ser humano comete errores en su interpretación en el caso concreto que fue analizado se pudo observar como un mismo presupuesto normativo puede ser aplicado a la realidad jurídica de diversas formas y en todos los casos posibles buscando siempre la evolución del derecho y la seguridad sistema, pero que sin embargo puede generar todo lo contrario cuando existen varias interpretaciones que son aplicadas en un mismo tiempo a condiciones fácticas similares. Si bien este es uno de los problemas que trae consigo la aceptación de la jurisprudencia como criterio principal en la actividad del Juez no es menos cierto que el camino recorrido hasta este momento supone la mutación constitucional del sistema de fuentes y el reconocimiento del valor y obligatoriedad de la jurisprudencia en un estado social de derecho que exige la no petrificación de sus normas.

Por lo tanto, se puede concluir que el posmodernismo jurídico deviene de los diferentes discursos que surgieron sobre la realidad social y la descentralización de la cultura Colombiana, en donde el derecho está limitado por la reflexividad cultural eterna construida con criterios lingüísticos del entendimiento, por la realidad externa construida con criterios de comunicación y principios morales. Esta teoría jurídica basada en el nuevo derecho, puede ser reconocida y construida como una explicación al fenómeno jurídico de la obligatoriedad del precedente y la mutación constitucional del sistema de fuentes, la cual resulta tan importante en nuestro contexto pues pretende aplicar a los casos concretos, la norma, el derecho viviente, la interpretación realizada por el Juez y la realidad jurídica que aquél observa.

No se trata de una filosofía o teoría jurídica que rechace la aportación teórica positivista de las fuentes, sino que por el contrario es una práctica judicial que quiere generar un discurso en el que la fórmula jurídica sea completada por la actividad judicial y la interpretación que los jueces hacen del ordenamiento jurídico. Lo anterior supone sin lugar a dudas la diversificación de las fuentes del Derecho frente a una visión positivista clásica, que resalta el concepto de ley como un término e institución que es completado con la parte motiva de las providencias de los jueces de cierre de las diferentes jurisdicciones y que por lo mismo genera seguridad y posibilidad de resolver situaciones jurídicas concretas aplicando postulados constitucionales de igualdad certeza y certidumbre.

Con la aplicación de esta nueva teoría el análisis del derecho se centra en las soluciones concretas a los casos jurídicos desde la óptica de la fuerza vinculante de las decisiones judiciales y en donde el Juez se convierte en el intérprete contrapuesto a la categoría del legislador cuya interpretación decisiva encuentra una nueva justificación bajo el imperio del artículo 230 Superior. El derecho entonces se configura como una herramienta que permite negociar las soluciones entre distintas partes de los conflictos, la ley, su interpretación, el derecho viviente y la realidad jurídica que viven los ciudadanos en cada época.

Esta forma de pensar implica el rechazo de criterios universales y la concentración en los rasgos concretos del conflicto, se centra en determinar que queda después de aplicar las normas pues allí es donde realmente tiene valor el derecho para los administrados. El Ordenamiento Jurídico debe configurarse como una herramienta que permita negociar las soluciones entre distintas partes bajo una interpretación de la norma que garantice seguridad certeza y certidumbre, el problema que plantea la posmodernidad jurídica está en cómo el hombre interpreta los textos y la norma, haciendo frente a la teoría positivista que quiere hacer valer lo que está escrito pues según ella

representa un valor absoluto y casi inmutable. Pero tal hipótesis es insostenible pues con la llegada de la nueva constitución se definió claro un camino en el que el derecho y sus normas deben ser dinámicas, y para lo cual se requiere del sistema de precedentes y de un ordenamiento de fuentes que la reconozca no como criterio auxiliar si no como fuente principal en la actividad de los jueces.

El análisis depuesto a este momento se pretendió poner una semilla en el lector y anteponer la necesidad que se tiene de romper con el método vetusto del racionalismo en un sistema de creación y dinamismo normativo, para que en su lugar se continúe con la interpretación de la norma el control de constitucionalidad sobre el derecho viviente y la fuerza paulatina que se le debe asignar al sistema de precedentes en Colombia pues aunque en este caso advertimos como por más de 7 años las corporaciones de cierre de lo contencioso, laboral ordinario y constitucional tenían sus interpretaciones de una misma norma y aquellas en muchos de los casos resultaban ser contradictoria es evidente que se ha avanzado para la consecución de una unidad de criterios y que a medida que las realidades y el derecho cambien también lo harán las interpretaciones que sobre los presupuestos normativos realiza el juez al momento de aplicarlos en cada caso concreto.

No podemos negar que se generó un estado de incertidumbre y seguridad jurídica por la imposibilidad que tenían los operadores judiciales de aplicar un único criterio de interpretación y que aunque para el 2018 la problemática fue sanada demostró cuáles son los problemas y cuestionamientos que la aplicación del posmodernismo jurídico trae consigo por lo tanto se requieren de estudios intelectuales jurídicos en los cuales se ponga en evidencia la adopción de esta nueva teoría jurídica y como aquella terminó por mutar sin modificar la Constitución el artículo 230 que consagra las fuentes del Derecho Colombiano.

Estamos seguros que con este escrito se pone en evidencia no sólo como hemos abandonado de forma estricta la tesis positivista clásica sino también cómo estamos ante una nueva etapa de

evolución jurídica y judicial en la que se espera que el sistema de fuentes sea modificado de forma tal que la fórmula de resolución de conflictos parta de la norma, y se completé con el derecho viviente, la interpretación que sobre ella se ha hecho por parte de las corporaciones de cierre, y sin lugar a dudas de la realidad jurídica que viven los sujetos que estimulan la jurisdicción en cada caso concreto. sólo así entonces la seguridad, la estabilidad y la certeza jurídica que exigen los postulados constitucionales podrán hacerse realidad, dado que sólo con el sistema de precedentes y el activismo judicial es posible materializar la evolución del derecho y el dinamismo de las normas.

Es por anteriormente señalado, que ha de repensarse la dogmática de la legitimidad de los jueces en el momento de ejercer el control constitucionalidad en el sentido de fundamentar un replanteamiento acorde a una posible deliberación interinstitucional tendiente a evitar divergencia entre una y otra corte en temas que resultan ser álgidos en materias específicas, por lo que ha de pensarse en la creación de normas que guíen un proceso de discusión y hermenéutica entre los distintos órganos, ejerciendo así respeto por parte de los administradores de justicia hacia quienes son partícipes en cada uno de los procesos, brindando seguridad jurídica en las decisiones adoptadas y creando una armonía frente a conceptos lo cual deriva en univocidad, y amen de ello al tratarse de decisiones de cuerpos colegiados estos deben evitar el voto individual por mera liberalidad o arbitrio a fin de dar cumplimiento a los ejes rectores de la democracia participativa y deliberativa que han de primar en el Estado Social de Derecho.

CONCLUSIONES.

- Con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema pensional de los servidores públicos estaba conformado por una diáspora de regímenes individuales que regulaban en forma particular y específica las condiciones para acceder al derecho pensional de cada uno de los servidores públicos de conformidad con criterios como la entidad a la que prestaban sus servicios o sus tiempos de cotización al sector público.

- Con la expedición de la ley 100 de 1991, se persiguió la universalización del derecho a la pensión, mediante un aumento en la cobertura y la finalización de los regímenes especiales para someter a toda población a unos presupuestos generales en aras de lograr la equidad dentro del sistema; en el que se optó por la creación de un régimen de transición como mecanismo de protección para que los cambios producidos por el tránsito legislativo no afectaran desmesuradamente a quienes si bien no han adquirido el derecho a la pensión tenían una expectativa legítima de adquirir ese derecho por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse en el momento de la entrada en vigencia de la nueva ley.

- La aplicación del Régimen de Transición ha significado para la doctrina y la jurisprudencia motivo de diferencias conceptuales y punto de divergencia en su interpretación, tensión que se desarrolló por el término monto establecido en el artículo 36 de la Ley 100, puesto que algunos operadores judiciales lo entendían como una unidad inescindible con el Ingreso Base de liquidación mientras que otros, indicaban que el IBL no hacía parte de la transición y que debía seguir las reglas del sistema general de pensiones y no del régimen anterior derogado, en desarrollo de aquellas premisas, el Consejo de Estado mantuvo por más de 7 años el mismo planteamiento, en contraposición de la Corte Constitucional quien, en el año 2013, cambió la interpretación que respecto del término monto y del IBL tenía, escenario que engendró un contexto de inseguridad jurídica y falta de certeza a la hora de decidir cuál criterio interpretativo acoger.

- La disputa de criterios entre las altas cortes, esto es Corte Constitucional y Consejo de Estado, termina en el año 2018, cuando el Consejo de Estado en una sentencia de la plena, decide acoger la interpretación de la Corte Constitucional con algunas modificaciones, pero manteniendo en el fondo los mismos planteamientos y razonamientos respecto de los presupuestos normativos que regulan en régimen de transición de los servidores públicos.

- La interpretación del derecho presenta la nueva problemática del posmodernismo jurídico y busca pacificar las diversas posturas interpretativas buscando un ajuste a la dinámica social del momento histórico, interpretación que resultase referente de obligatorio acatamiento por parte de los jueces de menor rango, la jurisprudencia a partir del modelo tradicional de fuentes proveniente del Derecho continental se considera un criterio secundario tal y como lo espera taxativamente el artículo 230 Superior, de manera que el precedente siempre está a la sombra de la ley pero cuando se acepta la idea del derecho viviente y de acuerdo con la escuela antiformalista de interpretación se abre una posibilidad de repensar esta estructura y reorganizar junto a la ley el precedente como fuente primaria debido a su fuerza y obligatoriedad.

- Al analizar y estudiar de forma macro la fuerza que tenían en el ordenamiento jurídico colombiano los precedentes no solo de la Corte Constitucional sino de las demás Corporaciones de cierre de las jurisdicciones, se pudo advertir que luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, se había iniciado un proceso de mutación del sistema de fuentes establecido en el artículo 230 superior.

- La obligatoriedad que adquirió el sistema de precedentes en la cultura jurídica local, abrió la posibilidad de debatir como no solo era necesario que los precedentes de cada órgano de cierre fueran armónicos y similares en punto de la interpretación que se hacía de una misma norma del ordenamiento, sino que incluso esa interpretación puede ser sometida a control de constitucionalidad precisamente porque la jurisprudencia ya no es visto como un criterio auxiliar de la actividad de administrar justicia, sino que se transformó en una verdadera fuente directa de aplicación, por lo que no se puede permitir que la interpretación de la ley sea disímil y abiertamente contradictoria entre las jurisdicciones y los postulados y reglas contenidos en la Carta Política.

- En la medida que la Corte Constitucional decidió realizar el control respecto de las interpretaciones de las otras Corporaciones respecto a normas del régimen de transición, se abrió la puerta a una mutación tacita del sistema de fuentes, lo que permitió la entrada y aceptación de la teoría posmodernista del derecho, que pretende abolir a la ley como única fuente principal y directa, y que por el contrario propone que el papel del precedente es tal que debe haber un mayor estudio del derecho viviente y como son las interpretaciones que hacen los jueces de una norma aplicada al caso concreto, la fórmula completa en que se puede desarrollar la fórmula política del Estado social de Derecho que pregona el Colombia desde 1991.

- El derecho viviente constituye el Punto de partida para replantear los conceptos de validez y eficacia de las normas o reglas jurídicas mediante la aplicación en la jurisprudencia de principios tendientes a la búsqueda de la seguridad jurídica la certidumbre en las interpretaciones que los jueces hacen de las normas, lo anterior en la medida que se reconoce que la norma y la ley desde su perspectiva abstracta está en la imposibilidad de regular todo el cosmos jurídico en una sociedad y sólo mediante la interpretación que descende de los textos y la forma cómo se vive en un estado es la que permite la consolidación de la actividad judicial.

-El proceso entonces de constitucionalización del derecho ha implicado un cambio de paradigma en lo que se refiere al sistema tradicional de fuentes, en tanto ha replanteado el modelo de jerarquía de las mismas con el fin de hacer prevalecer el concepto de Justicia constitucional establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, de suerte que con ocasión al proceso mencionado, se ha concebido como elemento integrante de las disposiciones normativas positivas la interpretación consistente en otros casos ambivalente a través del sistema de precedentes de las altas Cortes, sin que ello implique el desconocimiento de la Ley general, abstracta e impersonal.

-El reto para el ordenamiento jurídico colombiano en este momento es el de desarrollar un mecanismo legal que establezca y fijé la supremacía de la corte constitucional y que de esta forma permita armonizar las diversas interpretaciones entre las Altas Cortes a través de sentencias o de control abstracto de constitucionalidad del derecho viviente. Sin lugar a dudas el posmodernismo cambió la forma de pensar de los operadores judiciales pues como vimos en este escrito Incluso el consejo de estado quién afirmó por varios años que sus decisiones no eran susceptibles de cuestionamientos posteriores por órgano alguno debió a acatar las decisiones judiciales que mediante el trámite constitucional de tutela modificaron aquellas providencias, este desarrollo nos permite observar cómo luego de la Constitución de 1991 el sistema de fuentes ha cambiado progresivamente e incluso la cosa juzgada ha perdido o más bien ha cedido elementos de intangibilidad e inmodificabilidad, puesto que si bien la decisión del caso concreto se debe mantener incólume en aras de la seguridad jurídica y de la autonomía independencia del operador judicial la interpretación que dentro de su parte motiva hace el juez de una norma debe ser en todo momento compatible con los postulados constitucionales dado que materializa el estado social de derecho y se convierte en una expresión propia del posmodernismo.

-La justificación como vimos del valor del precedente y en sí mismo de la mutación del sistema de fuentes se justifica en los nuevos retos y desafíos teóricos y prácticos que la puesta en marcha de un modelo de Estado social de derecho impuso. Ante lo cual, el juez se tuvo que enfrentar con el cambio de la teología de la norma y la forma diversa en que se debía ver con el fin de actualizar y generar espacios de evolución normativa sin necesidad de la intervención del legislativo, no se trató solo de un cambio constitucional, sino también de una forma diversa de dar respuesta a fuerzas y necesidades culturales profundas que cambiaron con la Constitución.

-El precedente jurisprudencial funciona en el nuevo derecho, porque es una determinación de aplicación del derecho positivo que tiene en cuenta la concepción del mundo asumida por el juez poniendo de presente los intereses del ciudadano y del Estado, de acuerdo con la situación histórica y social por la que se vive y se encuentra ubicado puede proferir la mejor decisión que posteriormente será consultada por otro juez cuando se encuentre en las mismas condiciones.

-Podemos decir entonces que la disciplina jurisprudencial venció el formalismo de la ley y el sistema clásico de fuentes para iniciar una nueva etapa que hemos denominado el nuevo derecho o posmodernismo jurídico; nos encontramos ante una forma política inédita en el continente, dada por una nueva cultura jurídica y una teoría diferente al positivismo clásico que sirve ahora al Estado social de derecho, y, que es el producto de la singularidad del precedente junto con la interpretación de la Norma, el derecho viviente, y las convicciones culturales, intelectuales, sociales, políticas, con las que vivimos.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 (18 de Julio de 2002).

Corte Costituzionale italiana, (15 de Abril de 1956).

Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación Núm. 10440 (27 de Marzo de 1998).

Radicalado 0950.

Arbeláez, M., & Carmona, J. (2005). *Evaluación de la eficacia del derecho y Cambios demográficos y epidemiológicos en Colombia durante el siglo XX*. Santa fe de Bogotá: Biomédica.

Bernal, C. (2009). El precedente en Colombia. . En C. Bernal, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho* (pág. 153 a167). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonilla, R. (2001). *Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID)*. Bogotá.

Bonnecase, J. (s.f). *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, p.p. 194 y ss.*

Bruce L, B. (1989). *The spontaneous Evolution of Commercial Law*. Southern Economic Journal.

C-253.

C-258. (s.f). Bogotá, Colombia.

C-335.

C-355, C-578 y C-226.

C-781. (s.f). C-781. Bogotá, Colombia.

Campos, R. (2013). *Aportes Estrategicos a la Teoría del derecho frente al pluralismo jurídico*. Investigación y Docencia.

Cañon, O. (2003). *Una visión Integral de la Seguridad social*. Bogotá: Proa.

Carlos Cáceres, A. C. (2010). *Structural Breaks in Fiscal Performance: Did Fiscal Responsibility Laws Have Anything to Do with Them?* IMF Working Paper 10/248.

Citado por Valero Rodríguez, J. H. (2012). *“Derechos Adquiridos en el Derecho Laboral”*. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Colombia, C. d. (26 de Diciembre de 1946). Ley 190 de 1946. *Ley 190 de 1946*. Bogotá, Colombia.

Comisión IDH, i. a. (2009). *Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú*. Perú.

Cons, C-089 (7 de Marzo de 1996).

Cons, C-449 (3 de Junio de 2003).

Cons, C-608 (23 de Agosto de 1999).

Cons, SU 023 (5 de Abril de 2018).

Cons, T-078 (26 de Febrero de 2019).

Cons, T-794, T-1317 y T-292 (2011. 2001 y 2006).

Consejo de Estado (16 de Febrero de 2006).

Consejo de Estado, , sección segunda (9 de Julio de 2009).

Consejo de Estado, Radicación N° 1014-09 (25 de Noviembre de 2010).

Consejo de Estado, s. s. (22 de Junio de 2006). sentencia del 22 de junio de 2006. *sentencia del 22 de junio de 2006*. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado, S. T. (29 de Abril de 1983). sentencia del 29 de abril de 1983, radicación n.º 3.413. *sentencia del 29 de abril de 1983, radicación n.º 3.413*. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (29 de Mayo de 2003).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (4 de Agosto de 2010).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación Número: 470-99 (21 de Septiembre de 2000).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (28 de Agosto de 2018).

Consejo de Estado, Sala Plena sección segunda, Radicado. 0112-2009. (4 de Agosto de 2010).

Consejo de Estado, sección segunda (16 de Septiembre de 2010).

Consejo de Estado, sección segunda (3 de Febrero de 2011).

Consejo de Estado, sección segunda, (21 de Febrero de 2016).

Const, C-015 (14 de Marzo de 2018).

Const, C-037 (5 de Febrero de 1997).

Const, C-038 (27 de Enero de 2004).

Const, C-083 (1 de Marzo de 1995).

Const, C-1294 (5 de Diciembre de 2001).

Const, C-131 (1 de Abril de 1993).

Const, C-155 (19 de Marzo de 1997).

Const, C-198 (20 de Abril de 1995).

Const, C-250 (28 de Marzo de 2012).

Const, C-284 (13 de Mayo de 2015).

Const, C-450 (28 de Mayo de 2008).

Const, C-478 (9 de Septiembre de 1998).

Const, C-621 (15 de Septiembre de 2015).

Const, C-875 (30 de Septiembre de 2003).

Const, C-901 (7 de Octubre de 2003).

Const, SU 210 (4 de Abril de 2017).

Const, SU-230 (29 de Abril de 2015).

Const, T-078 (7 de Febrero de 2014).

Const, T-836 (1 de Septiembre de 2004).

Const. (Agosto de 1991, Art 48). 1991. Bogotá, Colombia.

Const.,1991, art.13.

Constitucion, P. (Agosto de 1991). Artículo 93 y 94. Bogotá, Colombia.

Constitucional, C. (13 de Noviembre de 1996). C-613. *C-613*. Bogotá, Colombia.

Constitucional, C. (4 de Mayo de 1998). C-177. *C-177*. Bogotá, Colombia.

Constitucional, C. (2004-2006-2007). C-623, C-1024, C-823, C-543 . *C-623, C-1024, C-823, C-543* . Bogotá, Colombia.

Constitucional, C. (19 de Abril de 2007). T-284 . *T-284* . Bogotá, Colombia.

Constitucional, C. (4 de Diciembre de 2008). C-1199. *C-1199*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, M. L. (22 de Junio de 2017). SU-395/17. *SU-395/17*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, T-1318 (14 de Diciembre de 2005).

Decreto 1045, D. (7 de Junio de 1975). DECRETO 1045. *DECRETO 1045*. Bogotá, Colombia.

Derecho Civil. Tomo I. Vol. I . (s.f.). Bogotá.

Esguerra Gutiérrez, R. (1994). *Aún no es hora de reformar la ley 100. Colombia Médica 1996;*
27: 77-85. Santa Fe de Bogotá: Fundación Corona.

Espinosa, C. C. (7 de Mayo de 2003). C-776/03. C-776/03. Bogotá, Colombia.

FEDESARROLLO. (2010). *El sistema pensional en Colombia: Retos y Alternativas para
aumentar la cobertura.* Bogotá.

General, A. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos . *Artículo
25-1 .*

Henri, L. y. (2001). *“Lecciones de Derecho Civil”, Tomo I. e “Introducción al Estudio del
Derecho”.* Editorial Porrúa.

Humanos, C. E. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José , Costa Rica.

Jaramillo, I. (1994). *El futuro de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993: política social,
mercado y descentralización.* Santafé de Bogotá, Colombia: Fundación Corona.

King, M. (2005). *La historia del pingüino de Nueva Zelanda.* Nueva Zelanda: Penguin Books.

La notion de droits acquis en droit administratif français,. (1996). Paris: Editorial L.G.D.J.

Larroumet, C. (1995). *Introduction à l'étude du droit privé, Droit civil, tome I.* Paris: 2ème
édition.

Ley 100 . (23 de Diciembre de 1993). *Ley 100 .* Bogotá, Colombia.

Ley 33, L. (29 de Enero de 1985). *Ley 33. Ley 33.* Bogotá, Colombia.

Ley 797 . (29 de Enero de 2003). *Ley 797* . Bogota, Colombia.

Luño Pérez, A. E. (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid: Tecnos.

Medina, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho la Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.

Medina, D. E. (2010). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Medina, L. (2006). El derecho de los jueces. En L. Medina, *El derecho de los jueces* (págs. 157,158). Bogotá: Legis.

Merlín de Douat, c. p. (1963). "*Derechos Subjetivos y situaciones jurídicas*", tomo 1. Paris.

Muñoz, C. C. (13 de Noviembre de 1996). C-613 de 1996 . *C-613 de 1996* . Bogotá, Colombia.

Olivera, J. H. (1965). *Crecimiento económico y seguridad jurídica*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Página. (...). Las reformas del sistema pensional Colombiano. En *Pag* (pág. 12).

Pava, E. L. (11 de Diciembre de 1961). G.J.T. XCVII, #2246-9, pág. 18. Bogotá, Colombia.

Pulido, C. B. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Radicado N° 52594..

Rangel, K. T. (2007). *Evolución del modelo pensional en Colombia desde el punto de vista Jurisprudencial*. Cucuta: Universidad Libre de Colombia.

Sandoval, L. &. (2010). *Gravar las pensiones altas: un imperativo moral y fiscal*. Bogotá:
Economía Colombia.

T-353. (s.f.). Bogotá, Colombia.

t-830.

Valero Rodríguez, J. H. (2012). *Derechos Adquiridos en el Derecho Laboral* . Librería Ediciones
del Profesional Ltda.

Zagrebelsky, G. (2008). *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en
Italia*. Estudios Constitucionales.