



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

“El régimen de transición de la Ley 100. Tensiones entre el Legislador, el Juez y el Administrador”

**“Análisis a la Sentencia de Unificación del Consejo de
Estado del 4 de agosto de 2010 sobre ingreso base de
liquidación en el régimen de transición”**

Iván Alexander Chinchilla Alarcón

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social
Bogotá, D.C.
2012**

**“El régimen de transición de la Ley 100.
Tensiones entre el Legislador, el Juez y el
Administrador”**

**“Análisis a la Sentencia de Unificación del Consejo de
Estado del 4 de agosto de 2010 sobre ingreso base de
liquidación en el régimen de transición”**

**Iván Alexander Chinchilla Alarcón
Código: 06699865**

**Tesis para optar por el título de Magister en Derecho con énfasis en
Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**

**Directores
Juan Camilo Salas Cardona
Carlos Torres
Docentes Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social
Bogotá, D.C.
2012**

Nota de Aceptación

Firma de Presidente del Jurado

Firma de Presidente del Jurado

Firma de Presidente del Jurado

Bogotá, D.C. 2012

Agradecimientos

A mi familia, a mis profesores y a mis amigos, que incondicionalmente me apoyaron con su tiempo, su conocimiento y su solidaridad

Resumen

Este estudio desarrolla un tema actual, coyuntural y complejo dentro del sistema pensional colombiano: la liquidación de las pensiones de los empleados públicos dentro del régimen de transición, el cual tiene consecuencias jurídicas, económicas y políticas, sin que hasta el momento haya tenido la trascendencia y controversia que merece.

Para abordar el problema planteado, se describe el origen y composición del régimen de transición, analizando las diversas interpretaciones que las altas cortes han dado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como norma reguladora y examinando las consecuencias que conllevan.

De esta forma, finalmente se analiza y discute el precedente jurisprudencial, contenido en una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, el cual viene generando importantes expectativas de reliquidaciones en las pensiones de los empleados públicos, en razón de los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidarlas.

Aquí se proponen críticas y reflexiones frente al poder interpretativo de los jueces colombianos en materia pensional, lo cual sin duda puede generar cuestionamientos y contra-críticas, sabiendo que ello hace parte de los debates académicos que se generan desde los espacios universitarios que propenden por la construcción del conocimiento.

Se espera que esta investigación contribuya a replanteamientos frente a interpretaciones que se han venido convirtiendo en dogmas incuestionables, las cuales apoyadas en la precaria defensa judicial de las entidades estatales encargadas de reconocer las pensiones del régimen de transición, generan importantes ingresos económicos para los actuales pensionados y sus abogados, a partir de criterios jurídicos cuestionables, tal y como se demostrará en este escrito.

Palabras clave: Sistema Pensiones. – Liquidación Pensión de Vejez. – Régimen de Transición. - Factores Salariales. – Empleados Públicos. – Precedente Jurisprudencial.

Abstract

This study aims to develop a current, relevant and complex topic within the Colombian Pension Scheme: the payment of pensions for public employees in the transition regime, which has legal, economic and political consequences, but so far without the significance and controversy it deserves.

To tackle this problem, the origin and composition of the transition regime is described analyzing different interpretations that the high courts have given to the Article 36 of Law 100 of 1993 as a regulatory norm and examining their implications.

Thereby, the jurisprudential precedent which is contained in a unification sentence handed down by the State Council on August 4th 2010 is finally analyzed and discussed; it has generated high expectation of reassessments in pensions for public employees, because of the wage factors which should be taken into account to liquidate pensions.

This study proposes critics and reflections regarding to the interpretation of Colombian judges concerning pensions, which can certainly raise questions and counter-criticisms, knowing that it is part of the academic debates from university spaces which promote the knowledge construction.

It is hoped that this research work erects rethinking to interpretations that have been becoming in unquestionable dogmas, which supported on the precarious legal defense of the state agencies responsible for recognizing pension from transition regime, generate significant income for current retirees and their lawyers, based on questionable legal criteria, as it will be demonstrated in this paper.

Keywords: Pension System. - Age Pension Settlement. -Transition Regime. - Wage

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract	IX
Introducción	1
1. Planteamiento de problema y contextualización	9
1.1. Planteamiento del problema	9
1.2. Definición y naturaleza de los regímenes de transición	11
1.3. Elementos que conforman un régimen de transición	15
1.4. El Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993	17
1.5. Conflictos interpretativos frente al Régimen de transición	26
1.5.1. Requisitos para determinar sus beneficiarios	26
1.5.2. Pérdida y recuperación del Régimen de Transición por traslado al Régimen de Ahorro Individual	28
1.5.3. Efectos del Régimen de Transición en el reconocimiento y pago de la pensión como justa causa de retiro	33
1.5.4. Finalización del Régimen de Transición según el Acto Legislativo número 1 de 2005	32
2. Monto e ingreso base de liquidación de las pensiones de los Beneficiarios del régimen de transición	41
2.1. Interpretación que hace el Consejo de Estado sobre el monto y el ingreso base de liquidación de las pensiones del Régimen de Transición	44
2.1.1. Relación entre la palabra monto y el periodo de tiempo que se debe considerar para el ingreso base de liquidación	49
2.1.2. Factores salariales que componen el ingreso base de liquidación	54
2.2. Interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia sobre el monto y el ingreso base de liquidación de las pensiones del Régimen de Transición	63
2.3. Interpretaciones que del Régimen de Transición ha hecho la Corte Constitucional.	72

2.3.1. Declaratoria de exequibilidad del <i>ingreso base de liquidación</i> propuesto por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993	73
2.3.2. Contradicción a la tesis contenida en el fallo de constitucionalidad a través de fallos de tutela	78
3. Estudio específico sobre factores para liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición	85
3.1. Pretensiones y decisión de primera instancia	88
3.2. Consideraciones del Consejo De Estado	90
3.3. Ley 33 de 1985 como norma aplicable	91
3.4. Interpretaciones del Consejo de Estado sobre los factores de liquidación pensional	93
3.4.1. Inclusión de todos los factores salariales devengados	93
3.4.2. Inclusión de factores sobre los cuales se realizaron aportes	94
3.4.3. Inclusión de los factores taxativamente señalados por la ley	94
3.5. Argumentos con los que el Consejo de Estado respaldará su decisión	96
3.5.1. Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación	96
3.5.2. Principio de progresividad	97
3.5.3. Principio de favorabilidad en materia laboral	99
3.6. Salvamento de voto a la sentencia de unificación	100
4. Críticas a posición mayoritaria del consejo de estado	105
4.1. Desconocimiento al desarrollo histórico y normativo que ha tenido la materia en nuestro país	105
4.2. La Sentencia Consejo de Estado contraviene preceptos constitucionales	110
4.2.1. El fallo desconoce los artículos 48 y 4º de la Constitución Política	110
4.2.2. El fallo desconoce el artículo 150 (N. 19 Lit. E) de la Constitución	111
4.2.3. El fallo desconoce los artículos 230 y 6º de la Constitución	112
4.2.4. El fallo desconoce el artículo 58 de la Constitución Política	112
4.3. La sentencia Consejo de Estado contraviene preceptos legales	113
4.3.1. El fallo desconoce el artículo 3º de la Ley 33 de 1985	114
4.3.2. El fallo desconoce el artículo 6º del Decreto 691 de 1994	115
4.3.3. El fallo se contradice respecto de la aplicación del Decreto 1045/78	117
4.3.4. El fallo desconoce artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo	118
4.4. Sentencia pretende redefinir el concepto de salario en el sector público	119
4.4.1. Descripción de los factores contemplados por la Ley 33 de 1985 (modificada por la Ley 62 de 1985)	126
4.4.2. Descripción de algunos factores no contemplados por Ley 33 de 1985	127

4.5 El Consejo de Estado modifica una jurisprudencia consistente sin	130
4.5.1. Pronunciamiento del 11 de noviembre de 2009	131
4.5.2. Pronunciamiento del 8 de abril de 2010	133
4.5.3. Pronunciamiento del 18 de febrero de 2010	135
4.5.4. Otros pronunciamientos del Consejo de Estado	137
4.6. Inconsistencias del fallo	141
4.6.1. Inconsistencias en el texto de la sentencia	141
4.6.2. Imposibilidad de efectuar aportes para pensión sobre factores no dispuestos por la ley.	144
4.6.3. Vacios que deja la sentencia del Consejo de Estado	147
5. El precedente jurisprudencial y alternativas ante el problema planteado	149
6. Conclusiones	165
7. Anexos: textos de las demandas presentadas	170
7.1. Demanda de Inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 3º De la Ley 33 de 1985 y contra el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993	170
7.2. Texto de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993	188
7.3. Texto de la acción de nulidad contra el artículo 6º del decreto 691 de 1994 (modificado por el decreto 1158 de 1994).	210
8. Bibliografía	225

Introducción

Con la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República creó en Colombia el Sistema General de Seguridad Social, que desarrolla a su vez un sistema general de pensiones que pretendía, entre otros aspectos, unificar las condiciones y beneficios pensionales para todos los colombianos, reconociendo que hasta ese momento existían diversos regímenes o sistemas con notorias diferencias en cuanto a las expectativas pensionales. Para citar solo un ejemplo, los hombres en el sector público aspiraban a la pensión con 55 años de edad, mientras que los trabajadores del sector privado, afiliados al Instituto de Seguros Sociales, debían acreditar una edad de 60 años.

Dentro del nuevo sistema pensional, desarrollado por la Ley 100, se creó un sistema compuesto por dos regímenes excluyentes entre sí: el de ahorro individual y el de prima media con prestación definida, siendo estas las dos opciones entre las cuales deben escoger todas aquellas personas obligadas a participar en dicho sistema, básicamente asalariados y trabajadores independientes.

Una de las opciones, el régimen de ahorro individual, fue novedosa en nuestro país y siguió el modelo propuesto por Chile desde 1981 a partir del mercado de capitales, incorporando en nuestro sistema las administradoras de fondos privados de pensiones –en adelante AFP-, las cuales a partir de los conceptos de ahorro y rendimientos financieros ofrecen a sus afiliados una expectativa de pensión según el capital ahorrado.

La otra opción, denominada régimen de prima media con prestación definida, continuó con el sistema de reparto, administrado en Colombia desde 1967 por el

Instituto de Seguros Sociales, entidad que mantendrá la administración del régimen hasta que, en cumplimiento de la Ley 1151 de 2007, sea reemplazado por una nueva entidad llamada Colpensiones¹. Este sistema de reparto condiciona el derecho pensional a cumplir unos requisitos de edad y tiempos cotizados.

Al ser el régimen de prima media con prestación definida una readecuación del sistema que tradicionalmente administraba el Instituto de Seguros Sociales, se dieron variaciones frente a los sistemas pensionales preexistentes, ya que todo cambio de régimen implica modificaciones en las expectativas pensionales de sus afiliados y que tiene diferentes efectos en función de sus destinatarios.

Estos cambios no tienen siempre el mismo efecto ni magnitud en cuanto a sus consecuencias; así, es claro que no es igual avisar a una persona apenas un año antes de cumplir los requisitos para pensionarse que ya no se pensionará a los 55 años, tal y como se le había prometido 25 años atrás, que hacer el mismo aviso a quien tiene 20 o 30 años de edad y apenas inicia su vida laboral, para quien la expectativa pensional no se vislumbra antes de 30 o más años de vida de trabajo.

Por lo anterior, es claro que existen cambios reales para quienes ya venían participando en el sistema, los cuales generalmente se traducen en una desmejora en cuanto a beneficios esperados y un aumento en los requisitos exigidos.

¹ Ley 1151, artículo 155, incisos 2º y 3º: “Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.”

“Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.”

En razón a estos cambios surgen los periodos o regímenes transicionales, que reconocen la cercanía a la consolidación de los derechos pensionales, ofreciendo algún tipo de protección o trato especial para quienes sin tener un derecho adquirido sí están relativamente cerca de obtenerlo, protección que, en el caso colombiano, está consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Lamentablemente, si bien existía una idea clara de proteger a estas personas, la redacción de la norma no estuvo a la altura de las expectativas, generando una serie de interpretaciones que han ocasionado grandes controversias jurídicas, no solo entre afiliados y administradoras, sino que separó de manera notoria la jurisprudencia proveniente de las altas cortes.

Hoy día, 18 años después de ser haber sido expedida la norma, se puede afirmar que no existe claridad interpretativa de los alcances de dicho régimen, por el contrario, además de encontrar posiciones jurisprudenciales contradictorias, se encuentran aspectos aún más graves, como el hecho de que una reforma de carácter constitucional, que pretendía regular y delimitar el régimen de transición, aportó una nueva discusión que se enunciará más adelante.

Se debe tener presente que las controversias aquí mencionadas han tenido una amplia difusión en variados artículos, académicos y noticiosos, donde se hacen severas críticas a las interpretaciones que del régimen de transición se han hecho.

En este sentido la Revista Semana², en un artículo de octubre del 2011, titulado “*!Que alcahuetería!*”, expone la controversia suscitada por la extensión de una jurisprudencia proveniente del Consejo de Estado, poniendo en tela de juicio el criterio jurídico de dicha decisión. Anotando que esta misma revista, en un

² Revista Semana, (2010, 2 de octubre), [En línea], “Que alcahuetería”, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/alcahueteria/165106-3.aspx>

artículo publicado en agosto de 2010³, bajo el título “*Fin a telaraña pensional*”, suponía, de manera errada, que el Acto Legislativo No.1 de 2005 eliminaría totalmente y a partir del mes de julio de 2010, todos los efectos que persistían de los sistemas pensionales previos a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Sobre el mismo tema, pero haciendo mayor énfasis en ciertos sectores, el diario El Espectador en un artículo del 1º de mayo de 2011⁴, bajo el título “Privilegiados”, planteaba que: “*La prensa nacional ha registrado con alarma cómo algunos ex magistrados de las altas cortes y numerosos ex senadores y ex representantes están multiplicando sus pensiones por cuatro y por cinco, al parecer, en contravía de las reformas que pusieron fin a los regímenes especiales*”, lo cual concuerda con la crítica contenida en el artículo del 20 de marzo de 2011⁵, publicado en el diario El Mundo de Medellín, donde luego de exponer las situaciones de injusticia social en el régimen de pensiones en Colombia, concluye que las propuestas lógicas que podrían plantearse frente a esta situación terminan siendo utópicas, no por lo difícil de concretarlas, sino porque quienes tendrían la obligación de expedirlas y aplicarlas son los primeros beneficiados de las inequidades denunciadas.

Finalmente y como referencia relacionada directamente con el tema objeto de estudio, se anotará que la publicación “Ámbito Jurídico”, periódico especializado en jurisprudencia y doctrina, en su edición de la segunda quincena de enero de 2012, plantea que las decisiones del Consejo de Estado han ocasionado un enorme gasto pensional que puede poner en peligro la sostenibilidad del sistema y viola el principio constitucional de estabilidad fiscal.⁶

³ *Revista Semana*, (2010, 3 de julio), núm. 1470 [En línea], “Fin a telaraña pensional”, disponible en: <http://www.semana.com/economia/fin-telaraña-pensional/141199-3.aspx>

⁴ Montenegro A. (2011, 1º de mayo). “Privilegiados”, en *El Espectador*. Bogotá.

⁵ Valencia D. (2011, 20 de marzo), “Inequidades del sistema de pensiones”, en *El Mundo*. Medellín

⁶ Franco J. (2012, enero), “Aplicación del régimen de transición de la Ley 100: ¿Interpretación o creación?” en *Ámbito Jurídico*, año XV, núm. 337, pp. 21.

Todas estas controversias tienen un común denominador, las diversas y en algunos casos cuestionables interpretaciones que se han hecho sobre los beneficios del régimen de transición, entre las cuales se abordará a través de este estudio principalmente una interpretación proveniente del Consejo de Estado, la cual debido a recientes normas que en nuestro país pretenden extender la aplicación del precedente jurisprudencial, genera importantes consecuencias fiscales, dentro de un sistema pensional de por sí notoriamente inequitativo.

Al final, más allá del análisis y la crítica propuesta, se propondrán soluciones o por lo menos interpretaciones mucho más argumentadas, justificadas y sobre todo más cercanas a los principios citados por el Consejo de Estado para justificar su actual tesis.

1. Planteamiento del problema y contextualización

1.1 Planteamiento del problema

Tal y como se propuso en la introducción, el problema principal que se abordará en esta tesis se refiere a la argumentación, fundamento, alcances y efectos de una interpretación que sobre la aplicación del régimen de transición ha propuesto el Consejo de Estado a través de una sentencia de unificación de agosto de 2010⁷, según la cual las pensiones de los empleados públicos, derivadas de la aplicación del régimen transicional creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, han venido siendo indebidamente reconocidas en relación con los factores salariales que constituyen su base de liquidación.

Lo anterior a propósito de un listado de factores contenido en la Ley 33 de 1985 que en su momento señaló el legislador para la liquidación de las pensiones de los empleados públicos, frente al cual el Consejo de Estado ahora propone un interesante debate, que de manera coloquial se puede resumir en si el listado allí contenido es *taxativo*⁸ o *enunciativo*⁹, reducción que además desconoce el hecho de que, gramaticalmente, ambos conceptos proponen una limitada exposición de elementos o datos de un conjunto, sin que ninguno de ellos pueda significar listados infinitos o ilimitados, como lo termina sugiriendo el Consejo de Estado.

⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

⁸ Según la Real Academia Española, "<http://lema.rae.es/drae/?val=taxativo>", taxativo significa: Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias.

⁹ Según la Real Academia Española, "<http://lema.rae.es/drae/?val=enunciativo>", enunciar significa: Expresar breve y sencillamente una idea. Exponer el conjunto de datos de un problema.

Así, el problema propuesto genera una evidente inseguridad jurídica, una gran congestión judicial y un aumento no contemplado en el gasto público a través del pago de importantes sumas en virtud de sentencias proferidas en procesos que están resultando desfavorables a las entidades públicas que administran o administraron el régimen de prima media con prestación definida y que tienen a su cargo las pensiones de los empleados públicos protegidos por la transición.

En este sentido, se deben observar dos tendencias interpretativas: una que data desde el momento en que se expide la Ley 33 de 1985 y que acoge una línea positivista que lee de manera exegética el listado de factores allí referido; y la más reciente, ahora generalizada debido a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2010¹⁰, según la cual dicho listado solo enuncia algunos de los factores que podrían o deberían ser incluidos en las liquidaciones pensionales, permitiendo por tanto, incluir todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos que se puedan considerar salariales, definición esta última que no fue precisada en la sentencia de unificación, y que también será debatida en este estudio.

Al respecto se debe anotar que el problema planteado no se limita a una discusión mediática de connotaciones meramente presupuestales, ni tampoco restringido a los destinatarios del régimen de transición en materia pensional, sino que ejemplifica una discusión profunda, de mucha actualidad y trascendencia en nuestro medio, que aborda la tendencia de implementar en nuestro sistema tradicional, encarnado dentro de los postulados del Derecho Positivo, tendencias derivadas del *Common Law*, pretendiendo darle la connotación de obligatorio a las decisiones jurisprudenciales provenientes de las altas cortes, modulando e inclusive llegando a desconocer en algunos casos el artículo 230 de la Constitución Política, que impone que los jueces en sus fallos solo están obligados a cumplir la ley y deben considerar la jurisprudencia como un criterio auxiliar y por lo tanto, no obligatorio.

¹⁰ ibídem

Así, se detallarán los debates que ha generado la norma reguladora del régimen de transición, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual, además de reflejar a partir de sus interpretaciones distintos y opuestos intereses entre administradores del sistema y destinatarios de los beneficios pensionales, evidenciará una serie de problemas teóricos a partir de las distintas interpretaciones que surgen precisamente de los distintos intereses que confluyen al momento del reconocimiento pensional.

Dentro de este contexto y en un tema tan sensible como lo es el pensional, se pretenderá demostrar que las interpretaciones deben encontrar el complemento necesario entre los principios de un Estado de Derecho, soportado en la división de poderes, y las pretensiones ideales en un Estado de Bienestar ideal, teniendo presente que los derechos, expresados como servicios sociales y dirigidos a sectores específicos, en este caso los adultos mayores, deben tener en cuenta la coexistencia de los derechos subjetivos y los derechos de reconocimiento discrecional, en función de las disponibilidades presupuestales, que deben constituirse como expresión del derecho de igualdad (no de igualitarismo) en un Estado Social de Derecho en su dimensión cuantitativa (Estado Bienestar)¹¹, como bien lo propone el doctrinante Oscar Dueñas.

Conforme a lo anterior, los reconocimientos pensionales en nuestro país, altamente subsidiados por erario público en los regímenes de reparto sobre todo en el denominado régimen de transición, generan una confrontación entre las expectativas de quienes aspiran a una pensión y los recursos necesarios para garantizar dichos derechos, ya que debido a interpretaciones fluctuantes de las normas aplicables, estos beneficios terminan siendo indefinidos y promotores de notorias inequidades y desigualdades.

Así, esas distintas interpretaciones que ha dado el Consejo de Estado a las reglas y efectos del régimen de transición, han permitido que personas del mismo sector

¹¹ Dueñas Oscar. (2003). *Las Pensiones. Teoría, normas y Jurisprudencia*. 2ª ED., Bogotá Ediciones del Profesional, p.p. 25.

y que en principio tendrían las mismas expectativas, tengan un trato distinto según la interpretación reinante en el momento de solicitar su prestación o de interponer las acciones judiciales del caso.

Ciertamente, frente a un listado de factores propuesto por la Ley 33 de 1985 para determinar el monto pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, sus destinatarios tendrán que asumir que si quien aplica la ley acude a una interpretación literal, su pensión podrá ser inferior hasta en un 25% de lo que llegaría a ser si logra que la interpretación que se dé a la misma norma acude a postulados o principios más proteccionistas, como es el caso de la interpretación del Consejo de Estado que aquí se estudiará.

Entonces, con el presente escrito se intentará determinar si el Consejo de Estado encuentra una *respuesta correcta* o si existe una equivocación desde el planteamiento mismo del problema a resolver, cuando sin necesidad convierte una norma sencilla y clara en un complejo problema interpretativo.

En este orden de ideas, este estudio pretende hacer un aporte pragmático a la discusión existente en Colombia sobre la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales y los límites que le impondría el texto del artículo 230 constitucional¹², analizando un caso práctico y real que evidencia la discusión e impone la más novedosa de las tesis, la de la aplicación obligatoria del precedente, aún por encima de la tesis más tradicionalista pero no por eso retrógrada, según la cual y de conformidad con nuestra condición de Estado Social de Derecho, el mandato del legislador debe ser respetado y cumplido mientras no sea modificado por quien le corresponde dicha tarea.

¹² Se debe tener presente que durante los últimos meses se han hecho propuestas e intentos de modificaciones al texto vigente del artículo 230 de la Constitución Política, según el cual para los jueces solo el mandato legal es obligatorio siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar. Este tema sido origen de importantes controversias académicas, las cuales se ven reflejadas en distintos artículos de revistas y libros especializados.

O, en palabras de Luis Carlos SÁCHICA, se trata de ver como “el llamado Nuevo Derecho está centrado en la jurisprudencia de los altos tribunales. (...) Casi parece como si la ley se hubiese esfumado o pasado a un segundo plano, eclipsada por la fuerza del activismo judicial, que pone en duda si aún está vigente la tridivisión y equilibrio entre las ramas del poder público”¹³.

En conclusión, el presente estudio abordará de manera crítica la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que en un sentido práctico se ha apropiado de una la fuerza que nuestra Constitución Política reserva a la ley, y en un sentido mucho más amplio el presente estudio aporta un ejemplo para la discusión filosófica de cuál debe ser es el límite entre las ramas judiciales y ejecutiva, teniendo en cuenta que si bien Colombia, desde la Constitución Política de 1991, es un Estado Social, no por eso ha dejado de ser un Estado de Derecho.

A continuación, y con el fin de adelantar el estudio propuesto, se abordará la naturaleza de los regímenes de transición y el desarrollo que de esta figura ha hecho el Legislador colombiano a través de la Ley 100 de 1993, con el ánimo no solo de contextualizar la discusión, sino también de establecer las sólidas estructuras que soportarán la crítica que se hará a la tesis del Consejo de Estado la cual, como problema propuesto, ha generado ya interesantes debates y controversias académicas.

1.2. Definición y naturaleza de los regímenes de transición

Cuando un sistema pensional es modificado, generalmente se afectan las expectativas de quienes pretendían obtener el derecho pensional, ya que las condiciones y beneficios propuestos en el momento en que se ingresó al mercado laboral pueden ser desmejorados, sin desconocer que ha sido aceptado históricamente que quienes tienen derechos adquiridos, es decir que ya

¹³ SÁCHICA L., en la Presentación del libro *Acción popular y nulidad de actos administrativos*, escrito por Botero L. (2004). Ed. LEGIS, 1ª. Ed. pág.xv.

cumplieron los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional conforme a la reglamentación inicial, tendrán una especial y completa protección.

Sin embargo, en relaciones de tracto sucesivo como las expectativas pensionales, la oportunidad y efecto de los cambios legislativos no son iguales para todos, siendo más perjudicial o notoria la modificación para quien más cerca está de cumplir los requisitos, ya que se trunca la posibilidad cultivada durante largos periodos de tiempo y porque dicha situación supone edades significativas que dificultan mantener o acceder a nuevas fuentes de trabajo.

Es así como dentro las reformas pensionales surge la necesidad de buscar mecanismos que eviten la frustración o dilación de las expectativas de quienes están cerca de adquirir el derecho a la pensión. Dicho de otra manera, ante una modificación normativa que afecte el sistema pensional se requiere una protección para los derechos que están cerca de ser adquiridos. Generalmente estos mecanismos terminan siendo adecuaciones legislativas donde se tienen en cuenta las normas originales, manteniendo o extendiendo sus efectos, aún dentro de la vigencia del nuevo ordenamiento.

Al respecto, Gerardo Arenas, en su libro Derecho Colombiano de la Seguridad Social, describe el régimen de transición como un mecanismo de protección de expectativas pensionales donde *“se combinan reglas del régimen anterior con reglas del nuevo régimen, lo que no sería posible si se tratara de verdaderos derechos adquiridos”*¹⁴.

Por su parte, José Roberto Herrera Vergara, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al presentar el libro “El sistema pensional colombiano, de Fernando Afanador, plantea de una manera más radical el régimen de transición, asumiéndolo como un mecanismo para impedir que *“la*

¹⁴ Arenas, G. (2007), *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, 2ª ed. Bogotá, Legis, p.p. 297.

*soberbia y la codicia de la economía arrasara de un tajo con los regímenes jurídicos preexistentes*¹⁵.

De otro lado, el propio Fernando Afanador, considera que todo régimen de transición pensional, parte de un principio de equidad y de justicia social y debe perdurar durante un largo periodo en consideración al alcance ultraactivo de las normas derogadas, precisando que si bien las nuevas leyes rigen hacia el futuro derogando las anteriores, la situación es distinta en los regímenes de transición por su carácter excepcional, siendo necesaria la prevalencia de la norma anterior frente a la posterior, Finalmente define el régimen de transición como un mecanismo *“mediante el cual se conservan para algunas personas la aplicación futura de ventajas de regímenes derogados ante la entrada en vigencia de una nueva legislación*¹⁶.

Oscar Iván Cortés precisa que ante la proliferación de regímenes pensionales existentes antes de la Ley 100 de 1993 y los drásticos cambios allí contenidos, se hizo necesario establecer un mecanismo que respetara los derechos adquiridos, pero sin excluir a sus titulares tajantemente de la aplicación de la nueva ley, surgiendo así el denominado régimen de transición¹⁷.

En el libro Nueva Reforma Pensional, los autores Juan Pablo y Andrés Cristancho, sin ser muy precisos, al referirse a los efectos positivos de la reforma constitucional de que fuera objeto el artículo 48 de la Constitución Política en el año 2005, afirman que *“El Acto Legislativo respeta las expectativas de las personas próximas a pensionarse, los derechos adquiridos...”*¹⁸, diferenciando los derechos adquiridos de las expectativas pensionales, siendo estas últimas las destinatarias de la protección brindada por los regímenes transicionales.

¹⁵ Afanador F. (1999), *El Sistema Pensional Colombiano*. 1ª ed. Bogotá, Legis. Proemio.

¹⁶ *Ibidem*, p.p. 147-149.

¹⁷ Cortés O. *Derecho de la seguridad social*. 2a ed., Bogotá, Ediciones del Profesional, p.p. 159

¹⁸ Cristancho A. y Cristancho J. (2006), *Nueva Reforma Pensional*. 1ª ed. Bogotá, Edit. Ediciones del Profesional, p.p. 277

Finalmente se trae a colación la definición que de nuestro régimen de transición hace la Corte Constitucional en la sentencia T-235 de 2002 cuando afirma que: *“el artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció una excepción a la aplicación universal del sistema. Esa excepción es para quienes el 1° de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado, a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.”*¹⁹

Se puede concluir entonces que, un régimen de transición establece condiciones, requisitos y beneficios particulares para las personas que están próximas a adquirir el derecho a la pensión, a través de combinaciones entre las condiciones preexistentes y las impuestas por el nuevo sistema, garantizándoles un tratamiento preferente ante la reforma, reconociendo las expectativas legítimas creadas al momento de su vinculación al sistema original.

Para ejemplificar lo expuesto, descartando así que el único régimen de transición en nuestro país ha sido el desarrollado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, podemos observar el contenido del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que describía perfectamente un régimen de transición:

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

“Quienes con veinte (20) años, de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, (2002), (Sentencia T-235 del 4 de abril), M.P.: Monroy Cabra M.

cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.”

Como se puede observar, para los empleados oficiales el sistema de jubilación vigente hasta ese momento (año 1985) tuvo una variación, aumentando en muchos casos la edad de jubilación de 50 a 55 años. Sin embargo, el legislador consideró que quienes sin haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión habían cumplido por lo menos 15 años de servicio tendrían derecho de acceder a la jubilación conforme a los requisitos de edad exigidos por las normas vigentes con anterioridad a la nueva ley.

1.3. Elementos que conforman un régimen de transición

El ejemplo esbozado con la Ley 33 de 1985, permite describir los componentes que conforman un régimen de transición: (i) pugna entre normas nuevas y antiguas, frente a las cuales se instituirá un régimen intermedio, (ii) condiciones para ser beneficiario de la transición, y (iii) beneficios de pertenecer a él.

Respecto a las normatividades en pugna teníamos de un lado la reforma o cambio al sistema pensional, en este caso la Ley 33 de 1985 y las existentes, principalmente los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 para el nivel nacional y la Ley 6ª de 1945 para el nivel territorial, las cuales contenían las expectativas pensionales de los empleados oficiales, que se derogaban con la nueva norma.

En el ejemplo también se evidencian los destinatarios de la transición, en este caso los empleados oficiales que sin tener derechos adquiridos si estaban próximos a cumplir por lo menos el requisito de tiempo de servicio, que para ese entonces, por regla general, eran 20 años. En este caso se privilegiaba a quienes cumplían por lo menos tres cuartas partes del tiempo total exigido.

Finalmente, la ley definió como beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición, la posibilidad de pensionarse según el requisito de edad contenido en las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, garantizando que a pesar del aumento de edad a los 55 años de edad, muchas personas, especialmente mujeres, pudieron pensionarse con los 50 años de edad exigidos en la normatividad precedente.

En conclusión, un régimen de transición en materia pensional es un mecanismo intermedio entre una reglamentación pensional anterior derogada y la nueva normatividad, sin que se concluya necesariamente el derecho adquirido a gozar de manera plena del régimen anterior o derogado.

En este orden de ideas, se puede afirmar que al establecerse un régimen de transición en materia pensional se estará ante tres ordenamientos distintos que tendrán como destinatarios tres grupos poblacionales excluidos entres si:

El primero de los ordenamientos será el contenido en la reglamentación original o anterior, dirigido a quienes al momento de la reforma tenían derechos adquiridos, es decir que ya tenían cumplidos los requisitos exigidos por la norma anterior. A estas personas, no se les aplicará o exigirá ninguno de los nuevos requisitos o condiciones, salvo que excepcionalmente el nuevo sistema resulte en su integralidad más favorable.

El segundo ordenamiento será el régimen de transición, es decir un ordenamiento temporal dirigido a las personas que sin tener derechos adquiridos al momento del cambio legislativo, sí estaban muy cerca de adquirirlos. Para estas personas el legislador podrá establecer condiciones especiales, consistentes en proteger parcial o de manera total las expectativas iniciales, dando un efecto de ultraactividad a las normas anteriores, es decir que tendrán efecto aún después de su derogatoria. Resaltando que el legislador podrá determinar las condiciones o requisitos para pertenecer al régimen de transición

como también los beneficios derivados, sin que estos últimos consistan necesariamente en la aplicación total del antiguo régimen.

El tercero de los ordenamientos consistirá en la aplicación integral de la nueva reglamentación, siendo sus destinatarios todas aquellas personas que a la entrada en vigencia de la nueva ley no tengan derechos adquiridos en materia pensional ni tampoco cumplan las condiciones para hacerse beneficiarias del régimen de transición.

En este punto se señalará que ha existido en el país la tendencia equivocada de asumir que el beneficio del régimen de transición consiste en la aplicación total de las normas anteriores, desconociendo que los regímenes de transición, una vez establecidos se constituyen en ordenamientos autónomos, los cuales si bien no pueden ser desmejorados, tampoco pueden ser objeto de mejoras donde se les incluyan beneficios de las normas anteriores no contemplados expresamente por el legislador cuando definió el ordenamiento transicional.

1.4. El régimen de transición de la ley 100 de 1993

Como ya se señaló, la Ley 100 de 1993 intentó, con algunas excepciones²⁰, unificar el sistema pensional para todos los colombianos ofreciendo la posibilidad de escoger entre dos regímenes: el de ahorro individual, soportado principalmente en la capacidad de ahorro de los afiliados y el mercado de capitales, y el de prima media con prestación definida, sistema tradicional de reparto donde lo fundamental es acreditar requisitos de edad y de tiempo de servicio.

²⁰ El artículo 249 de la Ley 100 de 1993, dispuso unos sectores exceptuados de la aplicación del nuevo Sistema General de Pensiones: Magisterio, Fuerza Armadas y Ecopetrol.

Para quienes escogieron el régimen de prima media con prestación definida y que a la entrada en vigencia del nuevo sistema traían alguna expectativa pensional a través de cualquiera de los sistemas preexistentes, la Ley 100 les garantizó, por medio del régimen de transición, regulado en su artículo 36, la posibilidad de proteger, por lo menos parcialmente, algunas de las expectativas creadas según la normatividad anterior.

Esta protección legal derivó en una premisa que a pesar de no ser absoluta si ha convertido en mito, según la cual pertenecer al régimen de transición constituye un privilegio que deriva en mejores beneficios pensionales, tal y como lo afirman Ferro y Montero, para quienes *“las ventajas de la transición, como se indicó en capítulos anteriores, es la opción de pensionarse con mayores beneficios y con montos de pensión más altas a las permitidas actualmente en la ley.”*²¹

Lamentablemente la redacción del artículo 36 no fue la más afortunada, generando variadas lagunas y un sinnúmero de interpretaciones jurídicas; por esta razón, aún a riesgo de ser en exceso elemental, lo primero que se debe hacer es una descripción de la composición gramatical de la norma en cuestión.

Este artículo 36, titulado “Régimen de transición”, está contenido en el Libro I del Sistema General de Seguridad Social dedicado a las Pensiones, en el Título II que regula el régimen solidario de prima media con prestación definida, el cual a su vez desarrolla en el Capítulo III la pensión de vejez, siendo claro que el régimen de transición es un beneficio exclusivo de las pensiones de vejez del régimen de prima media.

El artículo 36 está compuesto por seis incisos y un párrafo, los cuales se transcribirán, proponiendo una breve descripción y análisis de cada uno de ellos:

INCISO PRIMERO: *“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres,*

²¹ Ferro y Montero. (2009). *Y de mi pensión ¿qué?* 1ª ed. Bogotá, Intermedio editores.

hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.”

De este primer inciso se puede afirmar que resulta innecesario o por lo menos repetitivo, entendiéndolo como una referencia legal de cuáles son las condiciones de edad aplicables a los afiliados del régimen de prima media que no son beneficiarios de la transición, ya que estas condiciones están descritas en los párrafos 4º y 5º²² del artículo 33 de la misma ley, que también advertía el aumento de edades.

Lo anterior sin perjuicio de reconocer que otros autores²³ consideran que el primer inciso es una referencia de qué existía antes de la Ley 100 de 1993, análisis que resulta desacertado si se observa en los antecedentes legislativos de esta norma que el Congreso de la República aceptó expresamente la pluralidad de regímenes existentes, los cuales variaban, entre otras muchas cosas, en la edad exigida para acceder a la pensión.

Entonces, este primer inciso no es relevante en la discusión sobre el alcance y condiciones del régimen de transición que se analiza.

INCISO SEGUNDO: *“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*

²² Los párrafos finales del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificados por la Ley 797 de 2003 señalaban lo siguiente:

“PAR. 4º—A partir del primero (1º) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.”

“PAR. 5º—En el año 2013 la Asociación Nacional de Actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.”

²³ Afanador F. Op.cit., p.p. 151-152.

condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

Este inciso contiene la esencia de la norma, ya que señala los requisitos para acceder al régimen de transición y los beneficios garantizados a sus destinatarios.

En cuanto a los requisitos de ingreso, se consideran beneficiarios de este régimen aquellas personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones²⁴ tuvieran la edad de: 35 años para las mujeres o 40 años para los hombres; o que acreditaran en cualquier caso 15 años de servicio a la misma fecha, entendiendo que los requisitos son optativos (y no por ello excluyentes), es decir, que basta acreditar uno solo de ellos, ya sea la edad o el tiempo de servicio.

Lo anterior sin desconocer que el Acto Legislativo número 1 de 2005, modificatorio del artículo 48 constitucional, adicionó un requisito para quienes hubiesen cumplido las condiciones exigidas por el inciso segundo del artículo 36, pero que cumplan los requisitos para acceder a la pensión entre el 1º de agosto de 2010 y el 2014, año en que se acabará definitivamente el régimen de transición. Este requisito consistente en acreditar 750 semanas cotizadas al 27 de julio de 2005, fecha de expedición de la reforma constitucional.

En el tema de los beneficios derivados del régimen de transición, este inciso segundo es prolífico en conflictos interpretativos, ya que si bien podría entenderse como sencilla la redacción, según la cual *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 los beneficiarios del régimen de transición serán los mismos que establecía el régimen anterior se encontrará que el legislador nunca contempló las diversas interpretaciones que podría provocar la palabra *monto*, la

²⁴ Al respecto y si bien se ha considerado el 1º de abril de 1994 como única fecha para estos efectos; se debe tener presente que para el caso de los servidores públicos del sector departamental, municipal y distrital, el sistema pudo entrar en vigencia hasta el 30 de junio de 1995.

cual ha tenido distintos significados según los intereses particulares que se han visto afectados por esta norma y que serán estudiados en detalle más adelante.

INCISO TERCERO: *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos)”*. El Aparte contenido entre paréntesis fue declarado inconstitucional²⁵

Este inciso, que trata puntualmente sobre el ingreso base de liquidación de quienes están cubiertos por el régimen de transición, es el más complejo de todos no solo por la cantidad de vocablos que lo conforman sino por la complejidad interpretativa derivada de su precaria redacción.

Sin embargo y pese a la mala redacción, es claro que el legislador proponía a través de este inciso un mecanismo gradual para pasar de unos ingresos base de liquidación cortos, utilizados antes de la Ley 100 de 1993 (último año en el sector público²⁶ y dos últimos en el sector privado²⁷) a los diez últimos años establecidos como ingreso base de liquidación general dentro del nuevo sistema pensional, según lo establecido por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, (1995), (Sentencia C-168 del 20 de abril), M.P. Gaviria Díaz C.

²⁶ Las normas de carácter general en pensiones para los empleados públicos, entre ellas la Ley 33 de 1985, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y la Ley 6 de 1945, establecían que la pensión sería el 75% del promedio del último año.

²⁷ La norma que regulaba el ingreso base de liquidación dentro del Instituto de Seguros Sociales era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Lo anterior teniendo en cuenta que al entrar en vigencia el nuevo sistema se podían definir dos extremos en cuanto al ingreso base de liquidación aplicable: por un lado el de quienes tenían derechos adquiridos, para quienes seguiría siendo el último año o los dos últimos años, según fuera el caso, y en el otro extremo el de quienes les cobijaría la totalidad de la reforma, para quienes sería el promedio de los últimos diez años.

Ante este cambio radical, de pasar de liquidar las pensiones con el promedio de uno o dos años, a liquidarlas con los últimos diez años, el legislador consideró razonable aprovechar el régimen de transición para hacer de manera gradual el cambio. Así, quienes cumplieron los requisitos para pensión tres años después de entrar en vigencia la ley, no se pensionarían ni con el promedio de uno o dos años, como lo establecían los regímenes anteriores, ni tampoco tendrían que ajustarse a los últimos diez años propuestos por el nuevo sistema, sino que de manera proporcional y gradual, se les liquidaría la pensión con los tres últimos años, de acuerdo al modelo propuesto en este inciso.

Lo atrás descrito representa perfectamente lo que se supone debe ser un proceso transicional, es decir un cambio gradual que acepte las modificaciones impuestas por la nueva ley, pero que acuda a la gradualidad para hacer menos traumático el cambio propuesto.

Pese a lo anterior y debido en gran parte a la pésima redacción del inciso tercero, esta aplicación lógica de la norma no tuvo una aceptación unánime, permitiendo distintas y contradictorias posiciones jurisprudenciales asumidas de un lado por el Consejo de Estado y de otro por la Corte Suprema de Justicia, en uno de los mayores conflictos interpretativos derivados del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que también será abordado en el presente trabajo.

Para cerrar, se precisará que el aparte final del inciso, enmarcado dentro de paréntesis, es la única parte de la redacción original del artículo 36 que ha sido

declarada inexecutable²⁸ (esta declaratoria se abordará mas adelante), sin desconocer que tanto la Ley 797 de 2003 como la Ley 860 del mismo año pretendieron modificar este artículo, siendo en ambos casos declarados inconstitucionales los artículos que pretendían dicha modificación²⁹.

INCISO CUARTO: *“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”*

Este inciso plantea una consecuencia, en principio lógica, para quienes decidieron trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, ya que tal y como se explicó previamente, el régimen de transición es un beneficio propio y exclusivo del régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual se explica que quien se traslada al régimen de ahorro individual decide pensionarse en función del capital ahorrado, renunciando tácitamente a los beneficios de la prima media, incluyendo la transición.

En términos más comunes, se puede afirmar que la persona que estando en transición pero que escoge voluntariamente el régimen de ahorro individual quedándose allí, no solo renuncia al régimen de prima media con prestación definida como régimen principal, sino que también por efecto lógico se despidе del régimen de transición como beneficio subsidiario.

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, (1995), (Sentencia C-168 del 20 de abril), M.P. Gaviria Díaz C.

²⁹ Por medio de la Sentencia C-1056 de 2003 se declaró inexecutable el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y por medio de la Sentencia C-754 de 2004 se declaró inexecutable el artículo 4 de la Ley 860 de 2003, en ambos casos las normas inconstitucionales pretendían modificar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior sin perjuicio de la situación de quienes a pesar de tomar esta decisión, se trasladaron nuevamente al régimen de prima media, ya que esta circunstancia es regulada por el inciso quinto del artículo 36, referido a continuación.

INCISO QUINTO: *“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.”*

Este inciso, sin duda atado al anterior, comporta una sanción para los afiliados que estando en régimen de transición, por cumplir alguna de las condiciones establecidas en el inciso segundo y haber estado afiliados al Instituto de Seguros Sociales o algunas de las entidades de previsión existentes antes de la Ley 100 de 1993, se trasladaron al régimen de ahorro individual y *arrepintiéndose* de su decisión, decidieron *regresar* al régimen de prima media con prestación definida.

Lo anterior, precisando que este inciso solo aplica para quienes estando afiliados a un régimen preexistente a la Ley 100 se trasladaron al régimen de ahorro individual y luego decidieron regresar al régimen de prima media, ya que una persona que inició su vida laboral después del 1º de abril de 1994 afiliándose por primera vez al sistema a través del régimen de ahorro individual, a pesar de cumplir con cualquiera de los requisitos establecidos en el inciso segundo, no podrá pertenecer al régimen de transición, por la sencilla razón de no tener un régimen anterior del cual exigir los beneficios transicionales.

Este inciso, junto con el anterior, será objeto de importantes discusiones jurídicas mencionadas en el aparte dedicado a las controversias derivadas del artículo 36, respecto de la posibilidad que tendrán algunas personas de *recuperar* el régimen de transición, a pesar de haberse trasladado al régimen de ahorro individual.

INCISO SEXTO: *“Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que*

se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.”

Sobre este inciso, al igual que sobre el primero, se puede decir que resulta repetitivo, ya que se refiere a la protección especial que tienen los derechos adquiridos, tema regulado por los artículos 11, 142, 272, 273, 283, 288 y 289 de la misma Ley 100 de 1993. Sin embargo, se resaltarán que este inciso ayuda a precisar y diferenciar el tratamiento ofrecido por la ley para los beneficiarios del régimen de transición de las garantías ofrecidas a quienes adquirieron el derecho pensional antes de la promulgación del nuevo ordenamiento, independiente del momento en que sea solicitada o reconocida la pensión.

PARÁGRAFO: *“PAR.—Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”*

Este párrafo al igual que el inciso primero, al cual se refiere, resulta innecesario dentro de la reglamentación del régimen de transición, por referirse de manera repetitiva a las condiciones generales existentes para acceder a la pensión de vejez dentro del régimen de prima media cuando no se pertenece a la transición.

Es más, la garantía que pretende ofrecer este párrafo, ya estaba desarrollada en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde se establece que: *“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.”*

1.5. Conflictos interpretativos frente al régimen de transición

Ya descrito el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y antes de analizar en detalle el tema específico de este estudio, se expondrán las principales controversias suscitadas en su aplicación, precisando que algunas de ellas ya se entienden superadas y otras siguen siendo objeto de importantes discusiones jurídicas.

1.5.1. Requisitos para determinar sus beneficiarios

A pesar de ser un tema que se entiende superado, este será siempre un referente al estudiar las distintas interpretaciones de que ha sido objeto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo han expuesto Fernando Afanador³⁰, Oscar Cortés³¹ y Rafael Rodríguez³², en las obras que cada uno de ellos ha escrito sobre la seguridad social en Colombia.

El temas se refiere a la imposición vía decreto³³ del Gobierno Nacional, de un requisito adicional a los establecidos en la ley, circunstancia agravada por la ratificación que hizo la Corte Constitucional a través de una interpretación contenida en una sentencia de constitucionalidad³⁴ del año 1997.

El requisito cuestionado consistía en exigir a los servidores públicos para ser beneficiarios del régimen de transición, además de las condiciones de edad o tiempo de servicio señaladas en el artículo 36, haber estado como cotizantes activos a la fecha de entrada en vigencia del sistema; es decir, que aquellas personas que habiendo sido servidores públicos se encontraban desempleadas en ese momento, así cumplieran las condiciones exigidas por el artículo 36, estarían excluidas del régimen de transición.

³⁰ Afanador F. Op.cit., p.p. 152-156.

³¹ Cortes O. Op.cit., p.p. 168-169

³² Rodríguez R. (1999). *La Seguridad social en Colombia*. Bogotá, Legis p.p. 78-79 y 86-87

³³ Colombia, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (1994) “Decreto 813 del 21 de abril por medio del cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, en *Diario Oficial*, núm. 41328, 25 de abril de 1994, Bogotá. Modificado por el Decreto 1160 del 3 de junio de 1994”, en *Diario Oficial*, núm. 41385, 9 de junio de 1994, Bogotá

³⁴ Colombia, Corte Constitucional, (1997), (Sentencia C-596 del 20 de noviembre), M.P. Naranjo Mesa V.

Esta extralimitación reglamentaria estaba contenida en el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1160 de 1994, declarado nulo por el Consejo de Estado el 10 de abril de 1997³⁵, norma que señalaba que *“los trabajadores que no estaban vinculados laboralmente a 31 de marzo de 1994, solamente serán beneficiarios del régimen de transición siempre y cuando en la última entidad en la cual estuvieren vinculados hubieran cotizado al ISS.”*

Sin embargo y contrario a la razonable decisión del Consejo de Estado, la Corte Constitucional en la sentencia C-596 del 2007 al fallar una demanda de exequibilidad contra la frase *“al cual se encuentren afiliados”* contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100³⁶, consideró que la conjugación del verbo *“encontrar”* en tiempo presente, suponía la exigencia adicional de acreditar a la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones la condición de afiliado activo.

Solo hasta el año 2000, con dos nuevas intervenciones del Consejo de Estado (una en febrero³⁷ y otra en agosto³⁸ que declararon nulos otros apartes del Decreto 1160 de 1994 y parte del Decreto 813 del mismo año), se generalizó la tesis según la cual no se debía requerir la condición de afiliado activo al momento de entrar en vigencia el sistema, para poder acceder al régimen de transición.

Esta interpretación favorable fue adoptada por la Corte Constitucional a través de fallos de tutela³⁹, en los cuales se aceptó que el inciso segundo del artículo 36 incluye como beneficiarios del régimen de transición a quienes no estaban haciendo aportes para la fecha de entrada en vigencia del sistema. Al respecto se anotará que este no es el primer caso en que la Corte Constitucional, a través de fallos de tutela, modula o desconoce sus propias sentencias de

³⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (1997) (Sentencia del 10 de abril, Exp. 12.031), M.P.: Díaz Bueno J.

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, (1997), (Sentencia C-596 del 20 de noviembre), M.P.: Naranjo Mesa V.

³⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2000) (Sentencia del 10 de febrero, Exp. 16716), M.P.: Olaya Forero A.

³⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2000) (Sentencia del 31 de agosto, Exp. 16717), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

³⁹ Colombia, Corte Constitucional, (Sentencia T-235 del 4 de abril de 2002), M.P.: Monroy Cabra M. y (Sentencia T-923 del 9 de octubre de 2003), M.P.: Montealegre Lynett E., entre otras.

constitucionalidad. En materia de pensiones se pueden observar, entre otros, los temas de bonos pensionales altos⁴⁰ y la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo⁴¹.

Aunque hoy existe claridad sobre la controversia planteada, fueron muchas las personas a quienes se les negó la pensión en aplicación del extralimitado requisito, impuesto por el Gobierno Nacional y secundado por la Corte Constitucional; siendo más lamentable que por desconocimiento en muchos casos no se ha vuelto a presentar la solicitud de pensión injustamente negada, a pesar de existir el derecho dada la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de que están permeadas estas prestaciones.

Este tema es expuesto con mayor detalle por Gerardo Arenas⁴² Fernando Afanador⁴³, Oscar Cortés⁴⁴ y Rafael Rodríguez⁴⁵, en las obras que cada uno de ellos ha escrito sobre la seguridad social en Colombia.

1.5.2 Pérdida y recuperación del Régimen de Transición por traslado al Régimen de Ahorro Individual

De una primera lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente de sus incisos cuarto y quinto, se podría concluir que el legislador asumió que todo afiliado que estuviera protegido por el régimen de transición, perdería tales beneficios cuando decidiera trasladarse al régimen de ahorro individual, aún si regresara al régimen de prima media.

⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sentencia C-734 del 14 de julio de 2005) M.P. Escobar Gil R., vs, (Sentencia T-445 del 30 de mayo de 2007) M.P.: Cepeda M., entre otras.

⁴¹ Colombia, Corte Constitucional (Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008) M.P. Vargas Hernández C., vs, (Sentencia T-51 del 2 de febrero de 2010) M.P.: González Cuervo M.

⁴² Arenas G, Op.cit., p.p. 306-309.

⁴³ Afanador F. Op.cit., p.p. 152-156.

⁴⁴ Cortes O. Op.cit., p.p. 168-169

⁴⁵ Rodríguez R. (1999). *La Seguridad social en Colombia*. Bogotá, Legis p.p. 78-79 y 86-87

En efecto, el inciso cuarto señalaba que el régimen de transición no sería aplicable a quienes, de manera voluntaria se acogieran al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por su parte, el inciso quinto precisaba que tampoco aplicará a quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Sin embargo, dicho planteamiento fue desvirtuado, por lo menos parcialmente, a raíz de una demanda de inexecutable de que fueran objeto los incisos mencionados, la cual se soportaba en la hipótesis de que el régimen de transición era un derecho adquirido por lo cual no se podía perder por un traslado al régimen de ahorro individual.

Sobre el particular la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-789 de 2002⁴⁶, consideró que la norma era executable, y si bien es cierto *salvo* a algunos afiliados recuperándoles la transición, condenó a otros por haber cedido a la curiosidad de trasladarse al entonces nuevo régimen de ahorro individual.

En esta sentencia, la Corte consideró que el acceso al régimen de transición, ante el cambio legislativo, no puede considerarse como un derecho adquirido sino como una expectativa, que si bien es legítima no resulta irrenunciable, menos si se está ante traslados voluntarios al régimen de ahorro individual.

Luego, con una interpretación exegética y soportada en el principio de la proporcionalidad, comparó el inciso segundo del artículo 36, donde están los requisitos para acceder a la transición, con el inciso cuarto, donde están las condiciones que determinan la pérdida del régimen de transición por traslado al régimen de ahorro individual.

Hecha la comparación, la Corte encontró que los requisitos del inciso segundo para *acceder* al régimen de transición eran dos, optativos entre la edad (35 o 40

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, (2002), (Sentencia C-789 del 24 de septiembre), M.P.: Escobar Gil R.

años) o el tiempo de servicio (15 años); y para “*perder*” el régimen transicional, el inciso cuarto tan solo se refirió a uno de ellos, la edad (35 o 40 años).

De ahí, concluyó la Corte, que las personas que pertenecían al régimen de prima media y decidieron cambiarse al de ahorro individual, podrán retornar al primero de ellos y acceder al beneficio transicional si acreditan los 15 años de servicio a la entrada en vigencia del sistema de pensiones. Por el contrario, quienes ingresaron a la transición cumpliendo el requisito de la edad (35 o 40 años), sin los 15 años de servicio, *perderían* el régimen de transición sin la opción de recuperarlo aun así regresaran al de prima media, en aplicación exegética de los incisos cuarto y quinto del artículo 36.⁴⁷

A pesar de lo oportuna y precisa que resultaba la decisión inicial de la Corte, esta decide imponer dos condiciones adicionales para recuperar el régimen de transición. La primera y obvia, que se trasladara al régimen de prima media todo el ahorro que se hubiera efectuado en las AFP; y la segunda, que el valor trasladado no fuera inferior al valor que se hubiera acumulado de haber permanecido en el régimen de prima media, colocándole trabas innecesarias a un proceso de simple traslado, ya que la evidencia demostraría que los rendimientos que daría el ahorro individual en la gran mayoría de casos resultaría inferior a los rendimientos que hubieran podido dar los aportes en el mismo periodo de haber permanecido en el régimen de prima media.

De hecho, esa segunda decisión de la Corte se convirtió en óbice para que el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media para recuperar la transición fuera sometido a una nueva condición, que en la práctica resultaría incumplible, contenida en el Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003, que pese a la declaratoria de nulidad del cual sería objeto, reglamentó temporalmente los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, según el cual no solo se debía garantizar el traslado de los aportes legales correspondientes desde el

⁴⁷ Estas condiciones están pedagógicamente explicadas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-062 de 2010. M.P. Sierra Porto H.

régimen de ahorro individual, sino que también se debían incluir los rendimientos que estos aportes hubieran producido en el régimen de prima media durante el mismo periodo.

Lamentablemente y como ya se anticipó, en la mayoría de los casos en los cuales se solicitó este traslado, los rendimientos generados al interior del régimen de ahorro individual fueron inferiores a los que se hubieran registrado en el régimen de prima media, lo que significó que el afiliado debería cubrir con dinero extra la diferencia causada por razones estructurales del sistema. Esta particular situación fue materia de estudio por parte de la Corte Constitucional en una sentencia de tutela⁴⁸ en la cual se terminó desvirtuando la exigencia del requisito *inventado* por la misma Corte en la sentencia C-789 de 2002 atrás referida.

Sumado a la problemática ya expuesta, este tipo de traslados hechos con el fin de recuperar el régimen de transición se afectaron por la reforma hecha por la Ley 797 de 2003 a la Ley 100 de 1993, según la cual, el tiempo exigido para poder cambiar de régimen pasó de 3 a 5 años, con una nueva restricción consistente en que se prohíben los traslados cuando al afiliado le falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez⁴⁹.

Esta nueva disposición complicó aún más el panorama para las personas que pretendían recuperar el régimen de transición luego de haberse trasladado al régimen de ahorro individual, ya que la gran mayoría de ellas estaban dentro de este límite de los diez últimos años. Ante esta situación la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1024 de 2004⁵⁰, precisó que las personas que reunieran las condiciones para pertenecer al régimen de transición y que se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual, podrían regresar al régimen de prima

⁴⁸ Colombia, Corte Constitucional, (2007), (Sentencia T-818 del 4 de octubre), M.P.: Araujo Rentería J.

⁴⁹ Ley 100 de 1993, artículo 13, literal e (Modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003): Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán 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;

⁵⁰ Colombia, Corte Constitucional, (2004), (Sentencia C-1024 del 20 de octubre), M.P.: Escobar Gil R.

media con prestación definida en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002 ya mencionada.

Esta salida ofrecida por la Corte Constitucional ha sido reiterada, especialmente a través de la sentencia de unificación SU-062 de 2010⁵¹, donde además de reforzar las tesis propuestas en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y T-818 de 2007, estableció una serie de parámetros que se deben atender en los traslados que busquen la recuperación del régimen de transición, los cuales fueron desarrollados en un acto administrativo que para tal efecto expidió la Superintendencia Financiera de Colombia⁵².

Finalmente, se deben citar dos pronunciamientos del Consejo de Estado, el primero del año 2009 por medio del cual se suspendió provisionalmente la aplicación del requisito relativo a los rendimientos que se deberían garantizar en el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, contenido en el Decreto 3800 de 2003⁵³ y con mayor importancia la declaratoria de nulidad de que fuera objeto parte del artículo 3º del mencionado decreto⁵⁴, decisión que eliminó del espectro jurídico la obligatoriedad de garantizar una identidad entre los intereses generados en el régimen de ahorro individual con los que durante el mismo periodo de tiempo se hubieran producido en el régimen de prima media con prestación definida.

Hoy día, a pesar de la claridad que se supone dejó la sentencia de unificación de la Corte, la declaratoria de nulidad proferida por el Consejo de Estado y la reglamentación hecha por la Superintendencia Financiera de Colombia, siguen presentándose conflictos y dificultades para quienes luego de darse cuenta de la mala decisión que tomaron al trasladarse al régimen de ahorro individual, estando

⁵¹ Colombia, Corte Constitucional, (2010), (Sentencia SU-062 del 3 de febrero), M.P.: Sierra Porto H.

⁵² Colombia, Superintendencia Financiera de Colombia (2010), “Circular No 06 por la cual se divulga la rentabilidad a utilizar en el traslado de recursos del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.” Bogotá.

⁵³ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009) (Sentencia del 5 de marzo, Exp. 1975-08), M.P.: Ramírez de Páez B.

⁵⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2011) (Sentencia del 6 de abril, Exp. 1095-07), M.P.: Arenas Monsalve G.

en régimen de transición, deciden regresar al régimen de prima media, principalmente por falta de conocimientos de los insumos jurídicos aquí citados y por las políticas impuestas por las administradoras de pensiones.

1.5.3. Efectos del Régimen de Transición en el reconocimiento y pago de la pensión como justa causa de retiro

Otro de los conflictos generados alrededor del régimen de transición, está atado a la potestad otorgada por la Ley 797 de 2003 a los empleadores, tanto en el sector público como en el privado, para invocar el reconocimiento de la pensión de vejez como justa causa para terminar las relaciones laborales⁵⁵.

Esta potestad legal fue objeto de una demanda de inexequibilidad resuelta por la Corte Constitucional por medio de sentencia aditiva, proferida en noviembre del mismo año⁵⁶, donde se resolvió la exequibilidad de la norma impugnada, condicionando su aplicación a que, además del reconocimiento de la pensión, se le hubiera notificado al trabajador y futuro pensionado su inclusión en la nómina de pensional.

De la parte motiva de la sentencia, vale la pena resaltar que si bien se acepta que se pueden llegar a considerar vulnerados los derechos de quien es retirado del servicio por cumplir los derechos para acceder a la pensión, también es claro que si esa decisión busca satisfacer un interés común, como buscar que las nuevas generaciones accedan a fuentes de trabajo, por lo tanto, se deben ponderar los derechos y buscar salidas que permitan garantizar la efectividad de la mayoría de derechos posibles. En este sentido la Corte afirmó:

⁵⁵ Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 3º (Modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003): "Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones."

⁵⁶ Colombia, Corte Constitucional, (2003), (Sentencia C-1037 del 5 de noviembre), M.P.: Araujo Rentería J.

“8. En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan”⁵⁷.

Pese a la claridad de la norma y la ratificación que de la misma hizo la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha planteado recientemente una tesis⁵⁸ que desconoce estos precedentes legales y jurisprudenciales, concluyendo que los destinatarios del régimen de transición, además de beneficiarse de las condiciones de *edad, tiempo de servicio* y *monto* de la pensión, establecidos en el régimen anterior, también tienen el derecho implícito a estar exceptuados de que sus empleadores puedan acudir a la facultad discrecional que les da la ley para terminar las relaciones laborales con ocasión del reconocimiento pensional.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido un fuero de estabilidad para quienes están en el régimen de transición desconociendo el mandato expreso de la ley, en particular el contenido en el inciso final del párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100, con la modificación hecha por la Ley 797, cuando precisa que dicha medida aplica para *todos* los afiliados al sistema, sin excluir a nadie, ni siquiera a los beneficiarios del régimen de transición; y el aparte final del inciso tercero del artículo 36 que precisa que, salvo lo relacionado

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010) (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 2533-07), M.P.: Gómez Aranguren G. y Sección 2ª, Subsección A (Sentencia del 21 de octubre, Exp 0500-08). M.P. Gómez Aranguren G.

con la *edad, el tiempo de servicio y el monto*, las demás condiciones y requisitos aplicables, a las personas beneficiarias del régimen de transición, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100, lo cual incluye por supuesto las modificaciones hechas por la Ley 797.

En este sentido, se debe observar que el Consejo de Estado propone la tesis según la cual el régimen de transición garantiza a las expectativas pensionales la misma protección que la ley da a los derechos adquiridos, desnaturalizando completamente la esencia de un régimen transicional, que es hacer tránsitos graduales en situaciones donde se dan cambios notorios asociados generalmente con la sostenibilidad de los regímenes pensionales.

La posición del Consejo de Estado, soportada supuestamente en la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, se apoya más en una interesante, pero muy discutible teoría, según la cual el mantenerse en los cargos hasta la edad de retiro forzoso es un *derecho adquirido* directamente asociado con el concepto *monto* protegido por el régimen de transición, lo cual resulta menos que absurdo, ya que no se puede pretender amarrar dos derechos completamente ajenos como son el monto de la pensión con la edad del retiro oficial.

Se encuentra entonces que la tesis del Consejo de Estado parte de una premisa equivocada, cual es creer que el régimen de transición impide modificar cualquiera de las normas existentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, desconociendo que el artículo 36, señala que las personas cobijados por el régimen de transición solo disfrutarán de los beneficios relativos a *la edad, el tiempo de servicio y el monto* de la pensión del régimen anterior, señalando expresamente que: *“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, refiriéndose desde luego a la Ley 100 de 1993.*

Entonces, si se tiene en cuenta que la Ley 797 de 2003 reformó la Ley 100 de 1993, resulta evidente que las modificaciones propuestas dentro del sistema pensional por la Ley 797, ajenas a los requisitos de *edad, tiempo de servicio y monto* de la pensión, son obligatorias para todos los afiliados al sistema general de pensiones, razón por la cual la terminación unilateral de las relaciones laborales por parte del empleador a causa del reconocimiento de la pensión es un mandato que puede ser aplicado a todos los trabajadores afiliados al sistema de pensiones, incluyendo por supuesto a los beneficiarios del régimen de transición.

Adicionalmente, el Consejo de Estado en su planteamiento ignoró que la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 del 2003, declaró exequible la figura de invocar el reconocimiento de la pensión como una justa causa para dar por terminada las relaciones laborales, amparada en tres premisas de carácter constitucional: (1). la libertad de configuración del legislador para regular lo referente a las causales de retiro de trabajadores públicos y privados; (2). el deber del Estado de intervenir para garantizar el *pleno empleo*; y (3). la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas al ejercicio de funciones públicas.

Así las cosas, es muy discutible la posición del Consejo de Estado cuando asume el retiro del servicio público para disfrutar la pensión de vejez como un castigo o una situación desfavorable para el afiliado al que se le aplica la norma, cuando realmente se debe ver como una oportunidad favorable para los trabajadores de disfrutar un merecido descanso y desarrollarse en otros ámbitos distintos a los laborales, haciendo realidad al mismo tiempo las políticas y metas gubernamentales de generar empleo en el marco de un Estado Social de Derecho.

Se resaltaré además que esta novedosa tesis, con la que el Consejo de Estado revocó las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha sido replicada de manera errada y exagerada por jueces administrativos que en sus fallos, quienes distinto a lo planteado por el Consejo de Estado, están condenando a los empleadores del sector público a re-vincular a los demandantes

con derecho a la totalidad de los salarios que se dejaron de percibir, sin permitir que se descuenten los valores que se recibieron como pensión⁵⁹, contraviniendo lo preceptuado por el artículo 128 de la Constitución Política.

Lo anterior se torna en un doble castigo a las entidades por cumplir una ley que fue declarada exequible por la Corte Constitucional sin ningún tipo de aclaración o condicionamiento y que además atiende derechos tan o más importantes que la igualdad de oportunidades para acceder a empleos públicos y privados y la estabilidad laboral para alguien que ya tiene reconocido y garantizado su derecho pensional.

Para cerrar este tema, se anotará que muchos de los precedentes propuestos en este tipo de sentencias son casos donde los jueces favorecen a otros jueces para que permanezcan en sus cargos a pesar de tener ya constituido su derecho a la pensión, lo cual no solo afecta las políticas generales de pleno empleo, sino que irradia en forma negativa a la carrera judicial que tiene que resignarse ante los intereses de quienes pretenden perpetuarse en los altos cargos, evitando un relevo generacional que sin duda beneficiaría la administración de justicia en nuestro país.

1.5.4 Finalización del Régimen de Transición según el Acto Legislativo Número 1 de 2005

Para finalizar este capítulo, se propondrá una última controversia que apenas se articula y que está relacionada con la reforma constitucional de la que fue objeto el artículo 48 de la Constitución Política, mediante el Acto Legislativo número 1 de 2005, el cual moduló el régimen de transición marcando dos fechas para su finalización.

⁵⁹ Sobre este tema se pueden observar los fallos del 17 de enero de 2011 y del 28 de julio de 2011, proferidos respectivamente por los Juzgados Séptimo Administrativo de Descongestión y Noveno Administrativo de Descongestión, ambos de Bogotá, en sendas demandas de ex servidores de la Universidad Nacional de Colombia que fueron retirados en aplicación del inciso final del párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Conforme a este Acto Legislativo, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que además de estar en dicho régimen, acrediten al menos 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Como se puede observar, la primera de las fechas de finalización, que se puede entender como la regla general, está perfectamente determinada con día, mes y año, contrario a lo que ocurre con la segunda de las fechas, que sería la excepción y que está referida a la terminación definitiva del régimen de transición, donde solo se referencia el año, 2014, sin precisar un mes y un día.

Ahora bien, si en sana lógica se entiende que los 31 de diciembre hacen parte de cada uno de los respectivos años, es coherente asumir que cuando el Acto Legislativo señala que el régimen de transición se terminará en el 2014 se está refiriendo al 31 de diciembre de ese año. Este planteamiento es plenamente compartido por el profesor Gerardo Arenas.⁶⁰

Sin embargo, esta conclusión que no debería tener ninguna discusión, es controvertida por el Ministerio de la Protección Social, cuando conceptuó ante una solicitud de la Superintendencia Financiera de Colombia que: *“el constituyente delegado, al establecer como término máximo para que se extinguiera el régimen de transición “hasta el año 2014”, previó que a partir del momento en que se iniciara dicha anualidad, se terminaría dicho régimen”*⁶¹, afirmación ratificada en el mismo concepto cuando, luego de transcribir parte de las intervenciones de algunos congresistas en el trámite de la reforma constitucional, concluye que: *“la intención del constituyente, fue la que el régimen*

⁶⁰ Arenas G, Op.cit., p.p. 317-318.

⁶¹ Colombia, Ministerio de la Protección Social (2009), (Oficio 12310-367914 del 23 de noviembre), Bogotá

*de transición se extinguiera a partir del 1º de enero de 2014 y no a partir del 31 de diciembre de ese año*⁶².

Es comúnmente aceptado que cuando una ley es clara (con mayor razón la Constitución), no le es dable a quien las aplica buscar interpretaciones alejadas de su literalidad, razón por la cual no puede aceptarse que el Ministerio de la Protección Social, ni ninguna otra entidad, pretenda que los beneficiarios del régimen de transición entiendan una cosa completamente distinta a la que textualmente dice el Acto Legislativo número 1 de 2005, alegando que el legislador no dijo lo que realmente quería decir.

Como si lo anterior no fuese suficiente, la interpretación que de esta norma constitucional hace el Ministerio de Protección Social presenta otro inconveniente, relacionado con la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo número 1 de 2005, ya que es equivocado afirmar que esta reforma constitucional entró en vigencia el 25 de julio de 2005, pasando por alto que la publicación en el Diario Oficial que se hizo en esa fecha contenía un craso error, consistente en titular la norma que se pretendía divulgar como *Proyecto de Acto Legislativo*, yerro que fue corregido a través del Decreto 2576 del 27 de julio de 2005, que a su vez fue publicado conjuntamente con la versión correcta del Acto Legislativo el día 29 de julio del mismo año.

Entonces, entendiendo la esencia del principio de publicidad, que es dar a conocer la norma que entrará en vigencia, es perfectamente claro que el Acto Legislativo solo pudo entrar en vigencia el día en que fue correctamente publicado, es decir, el 29 de julio de 2005. Esta diferencia de cuatro días puede determinar el derecho o no de mantener el régimen de transición, siendo tal lapso relevante para acceder a otros derechos asociados a la reforma constitucional sobre pensiones, como es el caso de la mesada adicional del mes de junio o mesada catorce como se le conoce coloquialmente.

⁶² *Ibidem*,

En conclusión, se debe estar atento a las consecuencias prácticas de la controversia planteada y al papel que asuman los jueces a quienes les corresponda el estudio de los casos particulares, que sin duda en un futuro no muy lejano se empezarán a presentar.

2. Monto e ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición

Explicado en detalle el actual régimen de transición dentro del sistema pensional establecido por la Ley 100 de 1993, junto con la exposición de las controversias más comunes relativas al mismo, se abordará el tema central del presente estudio, que es la problemática interpretativa del artículo 36, regulador del régimen de transición, en relación con las condiciones de *monto e ingreso base de liquidación* de las pensiones asociadas a este régimen, especialmente en lo relativo a los empleados públicos, en otrora época regulados por la Ley 33 de 1985.

Tal y como ya se anotó, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 estableció los destinatarios del régimen de transición y determinó, de manera específica los beneficios derivados de él, señalando que *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 estas personas serían las establecidas en el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados al momento de entrar en vigencia el sistema⁶³, precisando a renglón seguido, en el mismo inciso, que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

Igualmente se señaló que el inciso cuarto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un “*ingreso base de liquidación para las personas referidas en el inciso*

⁶³ Entendiendo, como ya se explicó, que la norma se refiere al régimen al cual pertenece o perteneció y frente al cual se tenía la expectativa de pensionarse, independiente de que en ese momento estuviera o no cotizando o aportando al sistema.

anterior...”, siendo entendible, en sana lógica, que la ley estableció para los beneficiarios del régimen de transición una base de liquidación especial, autónoma e independiente, que debía funcionar de manera diferente y por fuera de los regímenes anteriores y del nuevo o actualizado régimen de prima media con prestación definida.

En este sentido y acudiendo inicialmente a una interpretación literal y/o exegética de la norma, podría entenderse que el régimen de transición nace como una opción distinta a la que tendrían quienes a la fecha de entrada del nuevo sistema ya tenían cumplidos la totalidad de requisitos exigidos para acceder a la pensión conforme a las normas preexistentes, en aplicación de la protección a los derechos adquiridos; y distinta también a las condiciones y requisitos a la que se someterían las personas que no tenían derechos adquiridos en materia pensional, ni tampoco cumplían con los requisitos para acceder al régimen de transición.

Así las cosas, y por efecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la fecha de entrada en vigencia del nuevo sistema pensional existirían tres regímenes a señalar:

- i. **Régimen anterior:** Consistente en una pluralidad de regímenes o sistemas existentes antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional establecido por la Ley 100 de 1993. Este régimen anterior solo podría ser aplicado totalmente a quienes ya tenían derechos adquiridos a la fecha de entrada en vigencia del sistema y conforme a las normas que regularan el respectivo régimen o sistema preexistente al cual se estaba afiliado.

Al respecto se anotará que conforme a nuestra Constitución Política⁶⁴ y nuestras leyes se entiende que estamos ante un derecho adquirido en materia pensional cuando se cumple con la totalidad de requisitos exigidos por el respectivo ordenamiento para acceder a la pensión, requisitos

⁶⁴ Colombia, (2011), Constitución Política, Bogotá, Temis. Artículo 48, inciso 9º.

normalmente asociados con edad y tiempo de servicio, cotizado o aportado. Sin desconocer la tesis propuesta en algunas sentencias del Consejo de Estado⁶⁵, según la cual, el solo tiempo de servicios genera un derecho adquirido, por ser la edad no un requisito para acceder a la pensión, sino una condición de exigibilidad para el cobro de la misma

- ii. **Régimen de transición:** Es un régimen intermedio, que como su nombre lo indica, busca hacer la transición entre los regímenes anteriores y el nuevo sistema, sin afectar de manera desmedida a quienes sin tener un derecho adquirido se encontraban muy cerca de tenerlo. Este sistema no cubre a quienes a pesar de haber pertenecido a alguno de los regímenes anteriores estaban relativamente lejos de cumplir los requisitos impuestos por las normas previas.

Es claro que este régimen se constituye como un sistema independiente de los regímenes anteriores, con beneficiarios y requisitos de ingreso expresamente señalados en las normas que lo regulan, y con una definición, también expresa, de beneficios y circunstancias que lo diferenciarán de los regímenes anteriores.

Como ya se explicó, los regímenes de transición pueden acoger la totalidad o parte de las condiciones contenidas en el régimen anterior. Para el caso de la Ley 100 la transición acogió la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión establecido en el régimen anterior, precisando que los aspectos restantes están regulados por la nueva Ley.

- iii. **Régimen Nuevo o Ley 100 plena:** Consiste en la aplicación total del nuevo ordenamiento contenido en la Ley 100, ya sea en el régimen de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual, según sea el caso, y va dirigido a todas aquellas personas que a la entrada en vigencia

⁶⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 25 de marzo, Exp. 1415-07), M.P.: Vergara Quintero L., entre otras.

del sistema no tenían derechos adquiridos en materia pensional ni tampoco cumplían con ninguno de los dos requisitos exigidos para estar en el régimen de transición, o quienes cumpliendo los requisitos para estar inmersos en él, lo perdieron según lo expuesto al inicio de este trabajo.

Ahora bien, como el Derecho está sujeto a interpretaciones, es claro que la expuesta en los párrafos anteriores, quizá exegética, no es la única, ya que por efecto de la precaria redacción de la norma, los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 han sido objeto de diversas interpretaciones por los distintos operadores jurídicos del sistema general de pensiones.

Por lo anterior, abordaremos las interpretaciones que sobre los conceptos *monto* e *ingreso base de liquidación* hacen el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, como órganos de cierre en las jurisdicciones contencioso administrativa y ordinaria laboral respectivamente, concluyendo con los planteamientos propuestos por la Corte Constitucional, tanto en su tarea de control constitucional como en su tarea de juez máximo de cierre en acciones de tutela.

2.1. Interpretación que hace el consejo de estado sobre el *monto* y el *ingreso base de liquidación* de las pensiones del régimen de transición

Para efectos de explicar cuál es la interpretación o aplicación que del régimen de transición hace el Consejo de Estado, es necesario observar que existen dos teorías que se deberían considerar excluyentes pero que esta Corporación utiliza simultáneamente, haciendo difícil la separación y descripción de cada una de ellas.

Pese a lo anterior, distinguiremos una primera tesis donde las garantías reservadas para quienes ya tenían derechos adquiridos se extienden a los beneficiarios del régimen de transición y una segunda, consistente en modular o

extender los alcances y beneficios del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La primera de las teorías parte de asumir que las consecuencias de tener unos derechos adquiridos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 en pensiones, en cuanto a beneficios y garantías, son las mismas que las provenientes de ser beneficiario del régimen transicional. Esta confusión se observa cuando en sus fallos este alto tribunal acude a frases como las siguientes:

La primera contenida en una sentencia del año 2000:

“En armonía con lo anterior, concluye la Sala, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que, las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, se les aplica en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. 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, pues la normatividad anterior (Ley 33 de 1985) señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados”⁶⁶
(Subraya fuera de texto).

La segunda extraída de un fallo del año 2008:

“Dicha Ley, en el artículo 36, estableció el llamado régimen de transición, el cual, según se ha dicho en reiteradas jurisprudencias, es el derecho que tiene la persona que cumple con los requisitos allí señalados a que el régimen pensional que se le aplique sea el que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley, régimen que

⁶⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2000), (Sentencia del 30 de noviembre, Exp. 3055-04), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

*comprende, tanto edad, como tiempo de servicio y cuantía.*⁶⁷ (Subraya fuera de texto)

Y la tercera, contenida en una sentencia del año 2010, donde se evidencia aún más la crítica que se le hace al Consejo de Estado, de darle al artículo 36 efectos no contemplados por el legislador:

*“De lo anterior se infiere el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición -particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la **totalidad** de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, **entre otros.**”⁶⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Luego de leer los apartes transcritos y otras jurisprudencias similares, se puede observar que si bien es cierto el Consejo de Estado reconoce el mandato legal según el cual los beneficios derivados de la transición se circunscriben únicamente a tres aspectos puntuales: edad, tiempo de servicio y monto, luego se contradice al afirmar que estos son solo parte de las garantías de quienes están en la transición, toda vez que dicho régimen de transición garantiza a sus beneficiarios la aplicación de la totalidad del régimen pensional que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

⁶⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2008), (Sentencia del 27 de marzo, Exp. 0099-07), M.P.: Vargas Rincón A.

⁶⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010), (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 1020-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

Aquí aparece un importante debate teórico, dentro del cual cabe una crítica a la interpretación propuesta por el Consejo de Estado, ya que si el legislador hubiese querido darle a los beneficiarios del régimen de transición el mismo tratamiento que tradicionalmente se ha reservado para quienes tienen derechos adquiridos, tal y como insiste el alto tribunal, la redacción de la norma hubiese sido mucho menos compleja y no existiría el inciso tercero del artículo 36 que se refiere puntualmente al ingreso base de liquidación de estas personas. De ser así, hubiese bastado en la norma una frase como la siguiente: *“a los beneficiarios del régimen de transición se les aplicará en su totalidad el régimen anterior al cual pertenecían”*, expresión que definitivamente no existe en la Ley 100 de 1993.

La segunda teoría pareciera surgir de la poca fortaleza que tendría la primera de ellas, inclusive para el propio Consejo de Estado, que además de proponer que los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a que se les aplique la totalidad del régimen anterior, refuerza su postura aceptando en principio la naturaleza distinta que tienen los derechos adquiridos y el régimen de transición, pero modulando, condicionando e inclusive limitando la aplicación del mandato textual que el legislador plasmó en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente en sus incisos segundo y tercero.

Para estos efectos, el máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa parte de reconocer que el régimen de transición limita sus beneficios a *“edad, tiempo de servicio y monto”*, pero acompaña esta conclusión con una compleja argumentación para desestimar los efectos que tendría el inciso tercero del artículo 36. Este reconocimiento de los beneficios limitados que genera el régimen de transición se puede leer en el siguiente aparte de una sentencia del año 2010 cuando se plantea el marco jurídico y conceptual:

“En síntesis, observa la Sala que el asunto en discusión se reduce a definir la forma de liquidación del derecho pensional de los empleados públicos inmersos dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tema que hasta el momento no ha encontrado

una posición uniforme en cuanto a la interpretación de las reglas contenidas en el mencionado artículo, en principio por la ambigüedad y desafortunada redacción del mismo (que literalmente implica para los beneficiarios del régimen de transición la aplicación del régimen pensional anterior únicamente en cuanto a la edad, el tiempo y el monto de la pensión, y un cálculo del Ingreso Base Liquidación de acuerdo a las reglas contenidas en el inciso 3° de dicho artículo), y además, por la incomprensión del alcance del derecho allí contenido.”⁶⁹ (Subrayas fuera de texto)

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

En conclusión, a diferencia de la primera teoría, donde el Consejo de Estado homologa los derechos derivados del régimen de transición con los que se derivan del estatus que dan los derechos adquiridos, en la segunda tesis, si bien acepta la diferencia existente entre derechos adquiridos y expectativas de derecho, termina concluyendo que estas últimas, en materia pensional, permiten escindir el artículo 36 de la Ley 100, inutilizando su inciso tercero, juiciosamente propuesto para diferenciar y hacer una transición entre quienes tenían derechos adquiridos y quienes estaban ante unas expectativas legítimas.

⁶⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 0836-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

Hecha esta crítica, se expondrán las principales intervenciones que en este sentido ha tenido el Consejo de Estado, precisando que se deben diferenciar dos aspectos relacionados con la definición del valor monetario al cual corresponderán las pensiones derivadas de la aplicación del régimen de transición.

El primero es el asociado con el *periodo de tiempo* que se debe utilizar para determinar el promedio que a su vez constituirá el *ingreso base de liquidación* y el efecto que en éste *periodo de tiempo* tendrá la palabra *monto*. O, dicho de otra manera, la relación que existe en el régimen de transición entre el *monto pensional* y el *ingreso base de liquidación* dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El segundo de los aspectos está relacionado expresamente con los factores salariales que se deben incluir en el promedio salarial que constituirá el *ingreso base de liquidación*, tema que además de ser descrito en este capítulo, tendrá un espacio especial, por ser la materia específica del presente estudio.

2.1.1. Relación entre la palabra *monto* y el periodo de tiempo que se debe considerar para el *Ingreso Base de Liquidación*

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

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

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

- a. Monto:** En nuestro medio pensional este término ha sido utilizado para referirse a la tasa de reemplazo, es decir la relación porcentual entre el salario o promedio del mismo que recibe el trabajador activo y el valor de la mesada que éste recibirá una vez empiece a disfrutar el derecho pensional. Así se puede leer en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 que define el *monto* de la pensión como un porcentaje que hoy día oscila entre el 55% y el 80%, aplicable a otro elemento independiente denominado *ingreso base de liquidación*.
- b. Ingreso base de cotización:** Está constituido por los factores salariales que se utilizan para hacer los aportes o cotizaciones para pensión, los cuales, por lógica, servirán en su momento para determinar el ingreso base de liquidación. En la Ley 100 de 1993 este ingreso base de cotización está definido por el artículo 18, siendo para el caso de los trabajadores del sector privado todos los factores que sean considerados por el Código Sustantivo de Trabajo como salario, y para el caso de los empleados públicos los factores que disponga el Gobierno según las atribuciones conferidas por la Ley 4 de 1992.
- c. Ingreso base de liquidación:** Como ya se anticipó, este es un elemento distinto al monto, y está directamente relacionado con el ingreso base de cotización. Se refiere al periodo de tiempo durante el cual se promediarán los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes, promedio que a su vez será el 100% sobre el cual se aplique el porcentaje determinado como monto.

Para efectos de establecer este ingreso promedio se debe seguir un principio básico y lógico, que hoy día en Colombia tiene rango constitucional⁷⁰, según el cual solo será factor de liquidación aquel que haya servido como factor de cotización, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador que fomente la elusión en los aportes o cotizaciones. Para el caso de la Ley 100 de 1993, según el artículo 21 y por regla, se tendrá como ingreso base de liquidación el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotiza el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

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

En este sentido, se propone un ejemplo elemental con una persona, no beneficiaria del régimen de transición quien en promedio ha devengado dos salarios mínimos legales vigentes y que haya cumplido el requisito de edad acreditando 1300 semanas cotizadas:

En este caso, conforme a lo establecido por el artículo 34 de la Ley 100, el *monto* será un porcentaje correspondiente al 64,5%, teniendo en cuenta que apenas acredita el número mínimo de semanas exigidas y que está en el rango de dos salarios mínimos, razón por la cual la fórmula propuesta en el artículo en mención quedará así: $R = 65\% - 0,5\% * (1) = 64,5\%$, donde la R precisamente equivale al *monto*.

⁷⁰ El inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política dispone que: "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

Este monto, podrá incrementarse en proporción directa a la cantidad de semanas cotizadas, llegando a un máximo del 79,5% ingreso base de liquidación con 1800 semanas.

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

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

Esta separación conceptual de términos también se evidencia en el artículo 36 de la misma Ley 100, cuando se define y regula el régimen de transición, ya que en el inciso segundo se anota que el *monto* de las pensiones derivadas de este régimen lo fija la normatividad que regulaba el respectivo régimen anterior, y por el contrario el *ingreso base de liquidación* se define de manera autónoma y específica en el inciso tercero del mismo artículo.

Por lo anterior, resulta casi inexplicable la teoría del Consejo de Estado según la cual la palabra *monto* es un todo que forzosamente debe incluir el *ingreso base de liquidación*, soportando su planteamiento en la definición que de la palabra *monto* ha hecho tradicionalmente la Real Academia de la Lengua, tal y como se puede observar en el siguiente aparte de una sentencia del año 2000:

*“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con **el monto***

de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

“**Monto**, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y **monta** es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

“Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “**monto**” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100”⁷¹ (Los resaltados son originales en la transcripción que de este aparte hace el Consejo de Estado en otra sentencia del año 2009⁷²).

Esta interpretación, sin duda favorable pero que se deslegitima al fraccionar e ignorar la esencia de la norma que pretende interpretar, se aleja de la dinámica pensional tradicional, ya que contrario a lo que concluye el Consejo de Estado, el concepto *monto* como elemento constitutivo de la pensión sí se ha entendido como un número o porcentaje abstracto que se aplica a otro de los elementos constitutivos de la pensión denominado *ingreso base de liquidación*. Por lo anterior, siguiendo la terminología propuesta por el Consejo de Estado, se puede

⁷¹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2000), (Sentencia del 21 de septiembre, Exp. 0470-99), M.P.: Pájaro Peñaranda N.

⁷² Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009), (Sentencia del 11 de noviembre, Exp. 0930-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

afirmar que el *monto*, el *ingreso base de liquidación* y los *factores salariales*, son *partidas* autónomas que sumadas definen el valor o cuantía de la pensión.

Al respecto se puede observar que antes de la Ley 100, la Ley 33 de 1985 establecía que, para la generalidad de los empleados públicos, el monto de la pensión era el 75% y que el ingreso base de liquidación era el promedio de los factores sobre los cuales se aportó durante el último año de servicio. Igualmente, el Acuerdo 049 de 1990⁷³ establecía, para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, que el monto o cuantía de la pensión oscilaba entre el 45% y el 90%, y que el ingreso base de liquidación o salario mensual de base sería el promedio de los salarios sobre los cuales se efectuó la cotización registrados durante las últimas cien semanas, que equivalen aproximadamente a dos años.

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

Para concluir este aparte, se reconocerá como positivo que el Consejo de Estado ha mantenido una línea jurisprudencial pacífica o constante en su interpretación según la cual el vocablo *monto* incluye el *ingreso base de liquidación*, lo cual permite contemplar la posibilidad de acoger, así no se comparta, este precedente jurisprudencial, con la tranquilidad de que no habrá variaciones interpretativas en la misma Corporación, lo cual lamentablemente sí ocurre con el tema que a continuación se analizará, relacionado con los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones.

2.1.2. Factores salariales que componen el *Ingreso Base de Liquidación*

⁷³ El Acuerdo 049 del 1º de febrero de 1990 contiene el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, fue aprobado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 758 de 1990.

Junto a la controversia creada por el efecto interpretativo de la palabra *monto*, aparece una segunda discusión mucho más compleja, relacionada con los factores salariales que se deben tener en cuenta al liquidar las pensiones de los empleados públicos cubiertos por el régimen de transición, la cual no ha tenido el mismo trato pacífico y uniforme que en términos jurisprudenciales si ha tenido la primera de las controversias, ya que tal y como es aceptado por el Consejo de Estado, a su interior se han producido criterios oscilantes sobre la materia, tal y como se puede leer en la siguiente transcripción:

“Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.”⁷⁴

Efectivamente, en el tema de los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de las pensiones derivadas del régimen de transición para los empleados públicos, han existido variaciones radicales por parte del Consejo de Estado, lo cual impide hablar de una jurisprudencia pacífica. Estos criterios se mueven entre dos extremos, de un lado el que acoge los factores expresamente señalados por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985 y en el otro extremo el criterio que amplía dicho listado.

⁷⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

La primera posición, respetuosa de los mandatos constitucionales que de un lado reservan al legislador la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos⁷⁵ y, de otro lado, que someten al imperio de la ley las decisiones de los jueces en sus providencias⁷⁶, se puede observar, entre otros, en los siguientes casos:

En una providencia del año 2008, donde se resolvió el caso de un ex empleado público de la Superintendencia Bancaria, beneficiario del régimen de transición, se afirmó de manera expresa que los factores a incluir en la liquidación de la pensión debían ser solamente los señalados en la Ley 33 de 1985, para lo que vale citar tres apartes contenidos en las consideraciones de la Sala:

“Por consiguiente, a las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, a quienes al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la referida ley para el orden nacional, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados respecto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, el tiempo de servicio y el monto de la prestación, los cuales resultan ser, para el caso de los servidores públicos, en principio, el dispuesto por la Ley 33 de 1985, en especial el artículo 3º, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad y que prevé en su inciso 2o:

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de

⁷⁵ Colombia, (2011), Constitución Política, Bogotá, Temis. Artículo 150.

⁷⁶ Colombia, (2011), Constitución Política, Bogotá, Temis. Artículo 230.

empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

A este respecto, resulta importante aclarar que los factores establecidos en las precitadas Leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos y, por ende, no es posible aplicar otros beneficios otorgados al trabajador legal o extralegalmente. Lo anterior, porque si bien no se desconoce que dichas normas consagraron que “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”; tal expresión debe leerse bajo el entendido de que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados pueden construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión”⁷⁷ (Subrayas fuera del texto)

“Tampoco resulta pertinente acudir al principio de favorabilidad para incluir en la liquidación de la pensión todos los factores devengados, porque en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busca la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado. El principio de favorabilidad supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables a diferencia del régimen de transición, en el cual, la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, pues la legislación pensional ha procurado tomar en cuenta, en materia de edad, la realidad

⁷⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2008), (Sentencia del 6 de agosto, Exp. 0640-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

demográfica y, por eso, ha ido aumentando gradualmente la edad para acceder a esta prestación; y en materia de factores de liquidación ha buscado la correlación y coherencia financiera del sistema de pensiones, procurando que el reconocimiento pensional se efectúe únicamente con los factores previstos de manera expresa por el legislador y no con todo lo devengado por el trabajador, cuando no tiene derecho a ello”⁷⁸ (Subrayas fuera del texto)

En el mismo sentido y de manera reciente, en una sentencia de abril de 2010, se reiteró que para dar aplicación integral a la norma anterior no puede desconocerse el mandato expreso del legislador contenido en la Ley 33 de 1985, respecto de los factores que se pueden incluir al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos. En esta providencia se pueden destacar los siguientes apartes, de los cuales, el primero, si bien es extenso, precisa el concepto de factor salarial citando a la Corte Constitucional y a la Corte Suprema de Justicia:

*“Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los **factores salariales** definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.*

Lo anterior, impone además distinguir el concepto de “factor salarial” del concepto amplio y general de “elemento salarial”. Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el

⁷⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009), (Sentencia del 11 de noviembre, Exp. 0930-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, "sin que constituya factor salarial".

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

La Corte Constitucional, trajo primero a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo lo siguiente:

"La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la Ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

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

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador,

no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter.”

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

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

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional". (Subraya la Corte)

De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de

liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución”.

Finalmente, citaremos una sentencia de febrero de 2010, donde el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado el actor en el último año de servicios.

Como puede verse, allí no están incluidos el subsidio de transporte, la prima de servicio, la prima de vacaciones y de navidad, devengadas por la parte actora durante el último año de servicios y reconocidos en el fallo de primera instancia, por lo que no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación del actor pues como ya se explicó, la definición de los mismos corresponde exclusivamente al Legislador.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la Ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Si bien la liquidación efectuada por la Entidad en el acto de reconocimiento es incorrecta, por cuanto desconoce el derecho del actor al régimen de transición que implica la aplicación

*integral del régimen anterior salvo los casos en los que resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de favorabilidad, lo que impone en este caso la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 tal como lo afirmó el a quo, la reliquidación ordenada sólo debe adelantarse con base en los factores salariales allí especificados, sin que resulte válido incorporar a la liquidación respectiva factores prestacionales como los indicados por el a-quo, razón por la que el fallo apelado deberá modificarse en tal sentido, pues la inclusión de tales factores es válida únicamente en los regímenes especiales o en los casos en los que el Legislador lo habilite expresamente.*⁷⁹ (Subrayas fuera del texto)

Como se puede observar, para el Consejo de Estado venía siendo claro, en aplicación del régimen de transición, que solo se podían tener en cuenta los factores expresamente señalados por el legislador, y para el caso del demandante, tal y como también lo ha dicho la misma corporación, únicamente se podrán incluir los factores señalados de manera expresa por la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, en estas oscilaciones de la jurisprudencia, en el 2010, año en que se producía la sentencia de la cual se hizo la más reciente transcripción, el Consejo de Estado reforma por completo su tesis y decide, a través de una sentencia de unificación⁸⁰, cambiar de criterio proponiendo la teoría según la cual el listado contenido en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 no era taxativo, sino que tenía apenas un papel enunciativo, sugiriendo a partir de esta nueva providencia que todos los factores que puedan ser considerado salariales deben ser incluidos en la liquidación de las pensiones derivadas del régimen de transición, así estos no hayan sido objeto de los descuentos que legalizaban su inclusión en la liquidación pensional.

⁷⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2010) (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 1020-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

⁸⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

Se concluye, entonces, que en el presente tema no hay seguridad jurídica, ya que ni las administradoras, ni los afiliados, ni los pensionados o sus apoderados y ni si quiera los mismos jueces de instancia, tienen certeza de cuál es la posición jurídica que se debe asumir en esta materia. Así, las decisiones que hoy se toman con la convicción de estar apoyadas en la jurisprudencia de la instancia más alta de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mañana pueden resultar “ilegales” a luz de una nueva perspectiva del Consejo de Estado, generando incertidumbre en cuanto a las expectativas de afiliados y pensionados, mayor congestión judicial y un alto costo económico debido al pago de diferencias que siempre deben ser pagadas con la correspondiente indexación.

Este cambio de criterio propuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010⁸¹ será estudiado de manera específica en cuanto a su fundamentación, alcances y críticas pertinentes.

2.2. Interpretación que hace la corte suprema de justicia sobre el *monto* y el *ingreso base de liquidación* de las pensiones del régimen de transición

La Corte Suprema de Justicia en lo referente a la aplicación del régimen de transición ha tenido una interpretación completamente distinta a la propuesta por el Consejo de Estado, partiendo de una diferencia básica consistente en darle aplicación al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que es completamente ignorada en la interpretación que del mismo artículo hace el máximo juez de la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, para la Corte Suprema de Justicia el beneficio de aplicar el *monto* establecido por el régimen anterior, como consecuencia de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100, está supeditado o limitado por el inciso tercero del mismo artículo, en el sentido que este último define de manera

⁸¹ *Ibidem*

expresa el *ingreso base de liquidación* aplicable a los beneficiarios del régimen de transición.

En este sentido se puede observar el siguiente aparte jurisprudencial del año 2005, donde la Corte reitera una posición jurisprudencial constante desde el año 2000:

“Planteada la situación así, entonces, como en el caso en que se trata, el derecho a la pensión legal de jubilación del demandante, que ya se precisó debe ser pagada por la demandada, se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues ocurrió el 29 de diciembre de 1997, tal prestación social está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 ya transcrito, y más concretamente por sus incisos segundo y tercero.

“Lo anterior implica, entonces, que la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad, tiempo de servicios y al monto del 75%, no así en lo que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero del tantas veces citado artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación.”⁸² (Subrayas fuera del texto original)

Aún de manera más precisa, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisa la existencia, ya explicada en este trabajo, de tres situaciones distintas dentro del régimen de prima media con prestación definida, de un lado los derechos adquiridos, en el medio el régimen de transición y en el otro extremo la Ley 100 plena o régimen ordinario, como la denomina la Corte. Así, al referirse al ingreso base de liquidación señala lo siguiente:

“(…) La Ley 100 de 1993, reguló las pensiones legales que se causaran a partir de su vigencia, instituyó el Sistema General de Pensiones conformado por el régimen solidario de prima media con

⁸² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2005), (Sentencia del 19 de mayo, Exp. 23120), M.P.: Tarquino Gallego C.

beneficio definido y el de ahorro individual con solidaridad, y previo para el primero un régimen de transición.

“Conforme a los artículos 10 y 11 ibídem —salvo para quienes quedaron expresamente exceptuados por el artículo 279 de dicha ley y los regímenes especiales—, el sistema se aplica a todas las pensiones legales, mediante el reconocimiento de pensiones en la forma y condiciones que se determinan en la citada ley, respetando, claro está, los derechos adquiridos con arreglo a cualquier fuente normativa anterior y el régimen de transición para los beneficiarios determinados en el artículo 36 de la misma.

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

“A) En la primera hipótesis se determina según el promedio de los salarios o las rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. No obstante, cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, resulte superior a lo dicho, el asegurado podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado un mínimo de 1.250 semanas.

“B) En la segunda hipótesis (régimen de transición), el ingreso base de liquidación de los afiliados a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el

*índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*⁸³ (Subrayas fuera del texto original).

Se destaca que la Corte precisa varios aspectos que afloran de la ley sin necesidad de acudir a interpretaciones forzosas o convenientes. La primera es que, en principio, la nueva ley tiene como destinatarios a todos los colombianos, pero dentro de su funcionamiento tiene dos situaciones a las cuales no se les aplica de manera plena el nuevo régimen: de un lado cuando hay derechos adquiridos, y de otro, cuando se pertenece el régimen de transición.

Posteriormente y refiriéndose de manera puntual al régimen de prima media con prestación definida, la Corte diferenciará dos tipos de *ingresos bases de liquidación*, uno para el régimen ordinario o Ley 100 plena, regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y otro para el régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la misma.

Estas precisiones genéricas son concretadas en la misma sentencia cuando se efectúa el estudio del caso particular referido a un empleado público para quien el régimen anterior es la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

“Planteada la situación así, entonces, como en el caso en que se trata, el derecho a la pensión legal de jubilación del demandante, que ya se precisó debe ser pagada por la demandada, se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues ocurrió el 29 de diciembre de 1997, tal prestación social está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 ya transcrito, y más concretamente por sus incisos segundo y tercero.

“Lo anterior implica, entonces, que la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad,

⁸³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2004), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 22477), M.P.: Nader C. y Osorio López L.

tiempo de servicios y al monto del 75%, no así en lo que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero de tantas veces citado artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación.⁸⁴ (Subrayas fuera del texto original)

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en una sentencia del año 2009 precisó lo siguiente:

“En lo referente al primer tema, esto es si procede liquidar la pensión de jubilación del actor, en su condición de servidor del sector público, beneficiario del régimen de transición, con base en el salario del último año de servicio, la Sala tiene definido que la finalidad de los regímenes de transición previstos por el legislador, con ocasión de los cambios normativos que han regulado el sistema pensional en el país, han tenido el propósito de beneficiar a quienes tenían la expectativa cercana de consolidar el derecho, propósito que se reflejó en el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no conservó en su integridad las normas que regulaban la causación del derecho pensional en los diferentes regímenes existentes, que asumió, a su entrada en vigencia, para quienes tenían una expectativa relativamente cercana de adquirir la pensión.

Este régimen solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para

⁸⁴ Ibidem

adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 citado.⁸⁵ (Subrayas fuera del texto original)

Este planteamiento es reforzado en la misma sentencia, cuando citando un fallo del año 2008 la Corte precisa no solo el efecto del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino que da una perfecta explicación de cómo se puede entender el ingreso base de liquidación como uno de los elementos que conforman el derecho pensional, razón por la cual era dable que el legislador determinara un ingreso base de liquidación especial y específico para el régimen de transición allí contenido:

“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 3º del artículo 36 citado.”

“Lo anterior significa que fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición que creó para quienes al momento en que entró a regir el sistema de pensiones les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho prestacional, que es el caso de la actora, dispuso que ese”

⁸⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2009), (Sentencia del 16 de diciembre, Exp. 34863), M.P.: Gnecco Mendoza G.

régimen estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación.

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

“Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada.”⁸⁶ (Subrayas fuera del texto original)

Se concluye de lo anterior es que los planteamientos la Corte Suprema de Justicia coinciden con las tesis expuestas al inicio de este trabajo en el sentido de reconocer que el Legislador a través del régimen de transición creó un régimen gobernado en parte por la normatividad anterior y en parte por la nueva ley, lo cual no se puede catalogar de exabrupto jurídico, ya que es legítimo suponer para el ingreso base de liquidación una naturaleza jurídica propia, sin forzosamente atar este ingreso base de liquidación al concepto *monto*, tal y como se ha venido

⁸⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2008), (Sentencia del 17 de octubre, Exp. 33343), M.P.: Gnecco Mendoza G.

haciendo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, producto de una caprichosa interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como última cita de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con el ingreso base de liquidación de las pensiones referidas al régimen de transición, se aportará la siguiente, donde se precisa que la aplicación ultractiva de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 no es plena sino que se debe limitar a los temas específicos de edad, tiempo de servicio y monto, dejando que el nuevo sistema regule el ingreso base de liquidación, tal y como lo dispone el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

“Pues bien, observa la Corte que el Tribunal incurrió en los desaguisados jurídicos que le enrostra la censura, puesto que si en el proceso no fue tema de discusión, e incluso así lo da por sentado el fallador, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no hay duda que la norma aplicable para efectos pensionales no es otra que el Decreto 2661 de 1960, pero únicamente en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, mas no en lo que respecta al ingreso base de liquidación de la prestación objeto del debate, dado que éste a las claras se determina con fundamento en lo establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la ley de seguridad social integral, es decir, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que les faltare para adquirir el derecho, sin son menos de 10 años, contados a partir del momento en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, esto es, 1° de abril de 1994 y no sobre la base del promedio del último año de servicios como lo concluyó el juez ad quem.

Precisamente, en un asunto en contra de Caprecom, la Corte en decisión de 12 de diciembre de 2007, radicación 31709, ratificada el pasado 20 de mayo de 2008, radicación 30824, así razonó:

"En todo caso, el Tribunal Superior no incurrió en el desacierto que le atribuye la censura, pues ninguna duda existe en cuanto a que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece una ultractividad restringida de algunas normas pensionales derogadas por el nuevo sistema de seguridad social. Ello quiere decir, entonces, que el derecho de quien cumple con una de las condiciones señaladas en la mencionada norma, para continuar en el régimen de pensiones del sistema en cuyo espectro de aplicación se encontraba el 1° de abril de 1994, está sometido a las precisas establecidas en la misma. Más concretamente cabe afirmar que la edad, el tiempo de servidos o las cotizaciones al sistema, y el monto de la pensión, será el determinado en el estatuto legal cuya aplicación ultractiva se reclama. Para el caso bajo examen, el de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 2661 de 1960, esto es, una edad de 50 años, 20 años de servicio y un monto del 75% del ingreso base de liquidación. Pero la forma de calcular éste no es el señalado en ese régimen pensionan porque de manera expresa el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde su original redacción, dispone perentoriamente el modo de establecer el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición.

Dado el alcance que el texto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 muestra, no cabe al juez darle uno distinto, de manera que la fórmula con la cual se fija el ingreso base de liquidación de la pensión es la establecida en la señalada Ley. La mayoría de la Sala pronunciado en varias sentencias; recientemente en la del 1° de marzo de 2007, radicación 30132, en la cual se lee textualmente:

"En tales circunstancias, tiene razón el ad quem al negar la pretensión de reliquidación de la pensión del actor, pues éste al entrar en vigencia tal normatividad, tenía una mera expectativa de tal derecho, faltándole menos de 10 años para adquirirlo, y por lo tanto el ingreso base de

liquidación de su pensión debe determinarse del promedio de lo devengado durante el tiempo que la hacía falta para alcanzar el estatus de pensionado, y no el de lo devengado durante el último año de servicios, como lo pretende.

“Al respecto, valga traer a colación lo dicho por esta Sala en sentencia del 23 de abril de 2003 radicación 19459, reiterada, entre otras, en la de 21 de septiembre de 2005 radicado 24451, en la cual se dijo:

*“En ese orden de ideas, y como quiera que a 1°. de abril de 1994 el actor contaba con más 40 años de edad y más de 15 de aportes y/o cotizaciones, es sin duda beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual, como ya se dijo, para el reconocimiento de la pensión de vejez debe tenerse en cuenta la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto señalado en el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado, más no así el ingreso base para liquidarla, pues de conformidad con el inciso tercero ibídem, y toda vez que a la fecha de entrada en vigencia el nuevo sistema pensional al demandante le restaban menos de diez (10) años para adquirir el derecho, la mencionada base para su liquidación deberá extraerse del promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para reunir los requisitos para acceder al mencionado derecho pensional, como reiteradamente lo ha dicho esta Corte”.*⁸⁷

2.3 Interpretaciones que del régimen de transición ha hecho la corte constitucional

⁸⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2009), (Sentencia del 9 de junio, Exp. 36462), M.P.: Vargas Díaz I.

La Corte Constitucional, distinto a lo hecho por la Corte Suprema de Justicia que ha mantenido un único criterio sobre la materia, ha manejado de manera similar al el Consejo de Estado, criterios fluctuantes respecto a la forma de determinar la cuantía de las pensiones derivadas del régimen de transición y la interpretación que en este sentido se debe hacer del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. A continuación se definirán los dos momentos interpretativos de la Corte Constitucional.

2.3.1 Declaratoria de exequibilidad del *ingreso base de liquidación* propuesto por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

Para dilucidar este asunto, se tiene la sentencia C-168 de 1995⁸⁸, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible gran parte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la cual se le dará mayor énfasis no solo por ser la más antigua, sino por los efectos generales que tienen los fallos de constitucionalidad por encima de los efectos particulares, a los cuales en principio se limitan los fallos de tutela.

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

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

Así y luego de citar distintos y reconocidos tratadistas, entre ellos los franceses Louis Josserand, Julián Bonnetcase, Charles Beudant, los hermanos Henri, León

⁸⁸ Colombia, Corte Constitucional, (1995), (Sentencia C-168 del 20 de abril) M.P.: Gaviria Díaz C.

y Jean Mazeaud, Gabriel Baudry-Lacantinerie y Maurice Houques-Fourcade los italianos Enrique Fiore y Francisco Gabba, el chileno Luis Claro Solar y el colombiano Julián Restrepo Hernández, la Corte concluye que:

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

(...)

“En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'. ”⁸⁹

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

⁸⁹ Ibídem

“Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.”⁹⁰

Una vez delimitadas las nociones de derecho adquirido y expectativa de derecho, la Corte aborda en esta sentencia el tema de la condición más beneficiosa, equivocándose, en nuestra opinión, cuando asimila éste concepto con el principio de favorabilidad y concluye que la Constitución Política, al proteger la condición más beneficiosa, se refiere únicamente a los derechos adquiridos.

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

“Confunde la Corte la invocada favorabilidad, como si ella tuviera relación con el fenómeno planteado de la sucesión normativa entre norma anterior derogada y norma nueva vigente, pues la favorabilidad no es sucesión normativa, sino que opera frente a ambas normas vigentes. Por su parte, la sucesión normativa, que regula la condición más beneficiosa es, frente a una nueva norma, derogatoria de la anterior, a fin de que trabajadores preexistentes estén protegidos por la condición más beneficiosa y la nueva norma se aplique plenamente a los nuevos trabajadores que ingresen a partir de su vigencia.”⁹¹

⁹⁰ *Ibíd*em

⁹¹ Villegas J., (2005) *Derecho Administrativo Laboral*. 7ª ed. Bogotá, Legis, p.p. 17-31

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

“La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada teoría de la irreversibilidad que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso: “En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente (Estado Social y Administración Pública. Edt. Cívitas, Monografías, 1983.)”

De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones

laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora.”⁹²

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

“Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.”⁹³

Todo lo anterior serviría de fundamento para que la Corte declarar exequible la mayor parte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ratificando no solo la constitucionalidad sino la legitimidad de que el legislador diera un trato distinto a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema ya tenían un derecho adquirido y quienes sin tener adquirido el derecho, estaban próximos a

⁹² Colombia, Corte Constitucional, (1995), (Sentencia C-168 del 20 de abril) M.P.: Gaviria Díaz C.

⁹³ *Ibidem*.

consolidarlo. Este trato diferencial estará así plasmado en el ingreso base de liquidación allí determinado.

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

“Y sobre la discriminación que, según el actor, se crea entre las personas que quedan comprendidas por el precepto demandado frente a las demás, cobijadas por el régimen anterior, cabe anotar que mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.”⁹⁴

2.3.2. Contradicción a la tesis contenida en el fallo de constitucionalidad a través de fallos de tutela

A pesar de la claridad y contundencia de los argumentos contenidos en la sentencia C-168 de 1995 atrás referida, la Corte Constitucional posteriormente ha modificado radicalmente su posición a través de fallos en casos de tutelas,

⁹⁴ Ibídem

coincidiendo con la interpretación del Consejo de Estado y modificando su posición original propuesta en la sentencia de constitucionalidad, inaplicando finalmente el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, por medio de una sentencia del año 2006⁹⁵, la Corte concluyó que el inciso tercero resulta inocuo dentro del desarrollo del régimen de transición, coincidiendo con la tesis del Consejo de Estado según la cual el término “monto” incluye el ingreso base de liquidación:

“De este modo, en primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base.”⁹⁶

Esta conclusión, a la que llega la Corte en un fallo tutela, parte de dos supuestos que contradicen o desconocen lo sustentado por la misma Corte en la sentencia de constitucionalidad C-168 de 1995; el primero es asumir que el régimen de transición tiene como prerrogativa el reconocimiento de los derechos adquiridos y el segundo concluir que el concepto *monto* es un todo y que el legislador no podía separar de dicho concepto la base o ingreso base de liquidación, conclusión discutible pero respetable.

⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional, (2006), (Sentencia T-158 del 2 de marzo), M.P.: Sierra Porto H.

⁹⁶ *Ibidem*

Sin embargo lo que resulta inadmisibile es que la Corte a través de una sentencia de constitucionalidad haya aceptado que el legislador sí podía establecer para el régimen de transición una base autónoma, para luego, vía revisión de una acción de tutela concluya lo contrario, desconociendo el efecto jurídico que deben tener las sentencias de constitucionalidad y que no se puede predicar de las sentencias de tutela.

Ahora bien, a pesar que las conclusiones de la Corte, según las cuales el régimen de transición protege derechos adquiridos y que el concepto *monto* es un todo que incluye el ingreso base de liquidación, aplicarían a cualquiera de sus beneficiario, la Corte por medio de una sentencia de tutela del año 2008 evidenciará la existencia de una gran inequidad cuando en aplicación del régimen de transición ha generado beneficios desproporcionados a favor de grupos privilegiados, denominados *regímenes especiales*, dentro de los cuales se cuentan la rama judicial, la Contraloría y la Procuraduría.

Efectivamente a través de esta sentencia del año 2008 la Corte Constitucional señaló que:

“(...) En dichas sentencias (refiriéndose a varias sentencias de tutela previas⁹⁷) se deciden casos de personas beneficiarias del régimen de transición, sometidas anteriormente a regímenes especiales; y, en las tutelas decididas, los peticionarios buscaban justamente que se les aplicara el Ingreso Base de Liquidación del régimen anterior y no el del artículo 36 inc. 3° de la Ley 100 de 1993. La solución tomada finalmente por la Corte en cada caso ha sido que debe aplicarse el IBL del régimen

⁹⁷ Sentencias: T-631 de 2002, M.P.: Monroy G; T-169 de 2003, M.P. Araújo J.; T-651 de 2004, M.P. Monroy M.; T-251 de 2007 y T-101 de 2008, M.P. Córdoba J; T-180 de 2008, M.P. Vargas C. Todas en las cuales se pedía aplicar el Decreto 546 de 1971 (*Que establece el régimen de seguridad y protección social en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público*) y el Decreto 717 de 1978 (*Que fija la escala de remuneración en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público*), los cuales establecían el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios (art. 6°, del primer Decreto). Y la T-158 de 2006, M.P. Sierra H; donde se deprecaba la aplicación del régimen especial para los trabajadores de Telecom.

anterior, y que el efecto útil del inciso 3°, artículo 36, está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados.”

(...)

“En el caso que ahora se analiza, sin embargo, aunque se trata de una persona beneficiaria del régimen de transición, no concurre ninguna de las dos condiciones descritas. En primer lugar, el tutelante estaba sometido al régimen general de la Ley 33 de 1985 –‘Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público’-, régimen aplicable de forma general a todos los empleados oficiales. En segundo lugar, el actor no solicita la aplicación del régimen anterior, sino justamente del contenido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”⁹⁸

(Subrayas fuera del texto original)

Como se puede observar, la Corte aplicando la teoría según la cual la igualdad es tratar igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales, considera que los regímenes especiales además de tener normas propias antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, tienen derechos adicionales a la hora de aplicar el régimen de transición, lo cual desconoce que estas disposiciones deben tener una sola aplicación para todos sus destinatarios, es decir una remisión directa y exclusiva a las normas anteriores en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto, siendo procedente, para todos sus destinatarios, la aplicación de la nueva ley en los demás aspectos.

Esta aseveración, que puede sonar muy fuerte, es ratificada por la propia Corte cuando en dos partes de la misma sentencia afirma que las interpretaciones del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 depende de sus destinatarios, desconociendo el principio básico según el cual la ley debe ser impersonal y aplicable a todas las personas sin excepción:

⁹⁸ Colombia, Corte Constitucional, (2008), (Sentencia T-1225 del 5 de diciembre) M.P.: Cepeda Espinosa M.

“Ahora bien, el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993 consagra una regulación específica del ingreso base de liquidación para algunas personas beneficiarias del régimen de transición. De acuerdo con la Corte, no puede aplicarse a los beneficiarios cuyo régimen anterior fuera especial y consagrara un IBL. Por lo tanto, a primera vista debe aplicarse el IBL allí dispuesto a las personas que hubieran estado afiliadas a un régimen anterior con carácter general. Sin embargo, el mismo inciso excluye de su aplicación a los beneficiarios del régimen de transición que, al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, les faltaren diez (10) años o más para adquirir su derecho a la pensión.”

(...)

“5.5. Tal como quedó establecido en el apartado 4 de ésta providencia, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra el régimen de transición. De acuerdo con lo expuesto, las personas beneficiarias del régimen de transición, que hubieran estado afiliadas a un régimen general de pensiones y a las cuales les hubieran faltado más de diez (10) años para adquirir su derecho a la pensión, para cuando entró en vigencia el Sistema General, tienen derecho a que se liquide su pensión según el régimen general de la Ley 100 de 1993, establecido en el artículo 21”⁹⁹

(Subrayas fuera del texto original)

Lo anterior nos puede dar a entender que si el beneficiario del régimen de transición pertenecía a un régimen especial, tendrá derecho a que el término *monto* incluya el *ingreso base de liquidación*. En cambio si el beneficiario de la transición pertenecía a un régimen general, como es el caso de los empleados públicos destinatarios de la Ley 33 de 1985, se le aplicará el inciso tercero del

⁹⁹ Ibídem

artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o inclusive la regla general dispuesta por el artículo 21 para el régimen de prima media con prestación definida.

Para cerrar este aparte, se puede concluir que la interpretación actual que del artículo 36 de la Ley 100 hace la Corte Constitucional, en lo que respecta al *ingreso base de liquidación*, es similar a la que hace de la misma norma el Consejo de Estado, para quien la base de liquidación de las pensiones derivadas del régimen de transición debe ser la contemplada por el régimen anterior, dejando sin efecto el inciso tercero del mismo artículo 36, a pesar que la misma Corte Constitucional había declarado exequible gran parte de esta norma.

3. Estudio específico sobre los factores para liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición

A lo largo del presente estudio se han planteado distintas interpretaciones y controversias derivadas del régimen de transición, especialmente las relativas a la forma de liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios de dicho régimen, dentro de las cuales se expuso a grandes rasgos la posición del Consejo de Estado quien ha propuesto dos teorías a la hora de reconocer las pensiones de estas personas, una referida a la relación que tiene el término *monto* como beneficio transicional respecto del tiempo que determina el ingreso base de liquidación, y la otra relacionada con los factores salariales que se deben incluir para liquidar la pensión.

A favor de la primera de las teorías, según la cual el ingreso base de liquidación hace parte integral de la palabra *monto*, se debe señalar que el Consejo de Estado ha tenido una línea jurisprudencial pacífica, es decir que ha sido constante y consistente, lo que genera la convicción dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de que el tiempo que determina el ingreso base de liquidación de las pensiones de transición de los empleados públicos sin régimen especial no es el dispuesto por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sino el promedio del último año contemplado por la Ley 33 de 1985. Esta teoría es soportada básicamente en la aplicación de inescindibilidad, según la cual una norma debe aplicarse de manera integral y en forma parcial o fraccionada.

Distinto a lo anterior, en la segunda de las tesis, relacionada con los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones de transición de los empleados públicos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido criterios contradictorios, oscilando entre la tesis de acoger de manera juiciosa el listado de factores contenido en la Ley 33 de 1985 - modificada en este aspecto por la Ley 62 del mismo año - y la contraria de incluir factores adicionales no incluidos en dicha ley.

En efecto, si se revisan las jurisprudencias de los últimos años provenientes del Consejo de Estado es fácil encontrar esta diferencia de criterios, lo cual tal y como se planteó desde el inicio del presente trabajo genera una notoria inseguridad jurídica, ya que demandantes y demandados se presentan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa no en función de ganar según criterios jurídicos, sino esperando caer en una de las oscilaciones favorables a sus intereses.

Si bien se pueden observar distintos fallos judiciales proferidos desde 1994, cuando empieza a operar el actual sistema general de pensiones, la última parte de este estudio se centrará en el análisis de una sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 4 de agosto de 2010¹⁰⁰ por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias que han hecho que este fallo adquiriera una notoria relevancia.

El primero tiene que ver con la promulgación de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, por medio de la cual se adoptaron medidas de descongestión judicial, cuyo artículo 114¹⁰¹ señala que las entidades públicas encargadas de reconocer y pagar pensiones deben tener en cuenta, para la solución de peticiones en esta

¹⁰⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

¹⁰¹ Ley 1395 de 2010, artículo 114: Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

materia, los precedentes jurisprudenciales que por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

En similar sentido, los artículos 10^o y 102 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011¹⁰², que implementa el nuevo Código Contencioso Administrativo en nuestro país y que entrará en vigencia el 2 de julio de 2012, disponen que las autoridades para efectos de resolver los asuntos de su competencia aplicarán, junto a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado; lo cual significa que a partir de julio del 2012 el precedente interpretativo donde se extiende la voluntad del legislador, será forzosamente aplicable en nuestro país, generando un conflicto para los representantes de las autoridades públicas, quienes se verán enfrentados entre aplicar lo que textualmente dice la ley y lo que el Consejo de Estado dice entender.

Un tercer aspecto que se mencionará, de los varios que han hecho popular a la sentencia propuesta para este estudio final, es la expedición de la Circular 054 del 3 de noviembre de 2010, por parte de la Procuraduría General de la Nación, donde se *conmina* a las entidades encargadas del reconocimiento de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida a *aplicar el régimen de transición en su integridad y cumplir los precedentes jurisprudenciales*, citando como fundamento el fallo en mención.

Por último y para resaltar la difusión que ha tenido esta sentencia, se reseñara que el periódico *Ámbito Jurídico*, diario especializado en la actualidad jurídica, informó sobre esta sentencia bajo el título “Base de liquidación pensional de los

¹⁰² Ley 1437 de 2011, artículo 10: *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia*. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.
Artículo 102: *Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

funcionarios incluye todos los factores salariales que retribuyen el servicio”¹⁰³, y posteriormente la Revista Semana dedicó un artículo periodístico donde a manera de denuncia pública donde se presentan algunas consecuencias económicas generadas en la aplicación de este precedente del Consejo de Estado, afirmando que a punta de polémicos fallos del Consejo de Estado se está cambiando el monto de la liquidación de las pensiones del país. Si siguen las cosas como van, las mesadas de los empleados públicos podrían costarle 57 billones de pesos más al erario¹⁰⁴.

A continuación, se estudiará por acápite esta sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010, teniendo como a Víctor Hernando Alvarado Ardila como Consejero Ponente.

3.1. Pretensiones y decisión de primera instancia

El caso materia de estudio se refiere a un empleado público del nivel nacional sin régimen especial pero beneficiario del régimen de transición, quien demandó el reconocimiento de su pensión porque consideraba que tenía derecho a que el valor de su mesada se determinara incluyendo *todos los factores devengados* en el último año de servicio, justificando la pretensión en que a su parecer el régimen de transición garantiza la aplicación de la totalidad de las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

A pesar que la demanda está basada en la teoría propuesta por el Consejo de Estado, según la cual se debe aplicar de manera integral la norma que regulaba el régimen anterior -en este caso la Ley 33 de 1985-, desde la exposición de las pretensiones se evidencian notorias contradicciones al principio de

¹⁰³ *Ámbito Jurídico*, (2010, noviembre), “Base de liquidación pensional de los funcionarios incluye todos los factores salariales que retribuyen el servicio”, en *Ámbito Jurídico*, año XIII, núm. 310, pp. 3.

¹⁰⁴ *Revista Semana*, (2010, octubre), [En línea], “Que alcahuetería”, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/alcahueteria/165106-3.aspx>

inescindibilidad de la ley, ya que si bien se exige la aplicación total de la Ley 33, también se invocan los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993 como soporte para exigir la inclusión de todos los devengados.

Igualmente en las pretensiones se encuentra otra contradicción, ya que se invoca la aplicación del Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1989, que regulaba las pensiones en las cuales se pueden acumular tiempos de servicio al Estado más tiempos cotizados al Seguro Social desde el sector privado, desconociendo que la discusión propuesta tiene que ver con una pensión donde solo se acumulan tiempos de servicio al sector público.

En primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda, invocando el Decreto 1160 de 1989 y el Convenio número 95 de la OIT, planteando que el principio de favorabilidad impedía, en el caso particular, aplicar el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que regula el *ingreso base de liquidación* del régimen de transición.

Por ello, el Tribunal ordenó liquidar la pensión con el promedio del último año incluyendo en la liquidación de la pensión los siguientes factores: *asignación básica, prima de alimentación, bonificación por servicios, diferencia de horario, bonificación semestral, dominicales y festivos, horas extras, incrementos por antigüedad, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación.*

En la apelación CAJANAL, entidad demandada, planteó que esta decisión vulneró los principios de legalidad y solidaridad; se apartó del verdadero alcance de las expresiones *monto* y *salario*; desconoció la premisa básica de liquidar las pensiones solo con los factores sobre los cuales se efectuaron aportes; y generó para los empleados oficiales mejores condiciones laborales frente a los trabajadores privados, pese a que los primeros se encuentran vinculados a través de una relación legal y reglamentaria que les impide obtener garantías superiores a las establecidas por el legislador.

3.2. Consideraciones del consejo de estado

Para efectos de decidir frente a la apelación propuesta por la entidad demandada, lo primero que hará el Consejo de Estado es determinar el problema jurídico conforme al siguiente aparte:

“El problema jurídico se contrae a determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios”.

En esta transcripción se puede observar, tal y como se propone para esta parte de la investigación, que el tema a estudiar será la viabilidad de incluir en la liquidación de las pensiones todos los factores devengados, independiente de que ellos estén incluidos o no en el listado propuesto por la Ley 33 de 1985. Para tal efecto, el Consejo de Estado precisará que el demandante es beneficiario del régimen de transición, que prestó sus servicios como empleado público desde mayo de 1971 hasta octubre de 2002 y que el régimen anterior a la Ley 100 que le corresponde es la Ley 33 de 1985, descartando cualquier posibilidad de que estuviera cubierto por algún régimen especial.

Una vez establecido el problema y descritas las circunstancias particulares, el Consejo de Estado citará una sentencia del año 2003¹⁰⁵, para reiterar su tesis pacífica según la cual *“cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación”*, concluyendo así que al demandante le asiste el derecho a que le sea aplicada en su integridad la Ley 33 de 1985.

¹⁰⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2003), (Sentencia del 13 de marzo, Exp. 4526-01), M.P.: Olaya Forero A.

3.3. Ley 33 de 1985 como norma aplicable

Conforme a la anterior conclusión según la cual a los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar de manera integral la Ley 33 de 1985, se hace necesario contextualizar el escenario legal en el que se resolverá el problema jurídico propuesto en la sentencia, para lo que vale citar los artículos 1º y 3º de la mencionada ley que regulan el derecho pensional de estos servidores:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”

(...)

“ARTÍCULO 3º (modificado por la Ley 62 de 1985). Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de

capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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.”¹⁰⁶

Observada la transcripción y conforme a la conclusión del Consejo de Estado, según la cual se debe aplicar de manera integral la norma, resultaría claro que la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los empleados públicos se debería hacer en función del promedio del último año y solo con los factores allí descritos. Sin embargo esta corporación aceptará que en el tema de los factores pensionales ha tenido serias indefiniciones, tal y como se puede observar en el siguiente aparte de la sentencia analizada:

“Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.”

¹⁰⁶ Colombia, Congreso de la Republica, (1985), “Ley 33 del 29 de enero de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”, en *Diario Oficial*, núm. 36856, 13 de febrero de 1985, Bogotá.

3.4. Interpretaciones del consejo de estado sobre los factores de liquidación pensional

Hasta aquí, se puede concluir que el alto tribunal acepta que ha tenido tres momentos interpretativos distintos, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

3.4.1. Inclusión de todos los factores salariales devengados

Esta tesis, descrita en una sentencia del año 2003¹⁰⁷, se apoya en una interesante pero a la vez cuestionable interpretación del inciso final del artículo 3º de la Ley 33 de 1985¹⁰⁸, según la cual la advertencia legal de que todos los factores que se hayan utilizado para calcular los aportes deben ser incluidos para liquidar la pensión, sería una autorización para incluir en la liquidación de las pensiones todos los conceptos salariales devengados, así muchos de ellos no fueran susceptibles de descuentos según el listado allí contenido, siendo procedente entonces que la entidad que reconozca la pensión aplique de manera retroactiva el descuento de aportes sobre los factores no enunciados.

Se cuestiona esta interpretación por cuanto en ella se propone determinar primero el beneficio, en este caso la pensión y después de manera retroactiva las condiciones para acceder a ella, rompiendo la lógica señalada en la norma que se dice interpretar, ya que en el artículo 3º de la Ley 33 primero se determinan los factores que serán objeto de descuentos y posteriormente, en sana lógica, se advierte que solo se podrán liquidar las pensiones con los factores que hayan sido objeto de descuentos.

¹⁰⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2003), (Sentencia del 29 de mayo, Exp. 4471-02), M.P.: Arango Mantilla A.

¹⁰⁸ Se debe recordar que el inciso final del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 señala que: "(...) *En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*"

3.4.2. Inclusión de los factores sobre los cuales se hubieren realizado los aportes

Esta segunda tesis, expuesta en una sentencia del año 2006¹⁰⁹ y según la cual solo se pueden incluir en la liquidación de la pensión los factores sobre los cuales se hicieron aportes, tiene origen en creer, equivocadamente, que la Ley 33 no fue clara respecto de los factores que debían ser objeto de descuentos, acudiendo entonces, de manera lógica pero innecesaria, a la premisa de que para liquidar las pensiones solo se pueden incluir los factores a los que se les aplicaron descuentos.

En este caso, sin perjuicio de reconocer la oportunidad del argumento utilizado por el tribunal, la interpretación final termina desconociendo la obligatoriedad de la norma, permitiendo concluir que las pensiones dependerían del cumplimiento que hubieran dado los empleadores a la Ley 33. Así, el empleador que incumplió la ley no aplicando los aportes allí ordenados, condenaría a su empleado a tener una pensión inferior a la que el legislador estableció; y el empleador que sobrepasando lo señalado por la norma aplicara descuentos a factores allí no señalados, le generaría a su empleado una pensión superior a la determinada en el ordenamiento jurídico.

3.4.3. Inclusión de los factores taxativamente señalados por la ley

Esta última tesis, expuesta en el año 2008¹¹⁰, se basa en respetar y aplicar el mandato legal contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, razón por la cual el Consejo de Estado ordenaba incluir en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos cubiertos por el régimen de transición, únicamente los factores señalados por dicha ley.

¹⁰⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2006), (Sentencia del 16 de febrero, Exp. 1579-04), M.P.: Ordóñez Maldonado A.

¹¹⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2008), (Sentencia del 6 de agosto, Exp. 0640-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

La esencia de esta tesis se detalla en el siguiente extracto jurisprudencial:

“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.”¹¹¹

Una vez aceptada y descrita esta pluralidad de interpretaciones, con la sentencia de unificación aquí estudiada el Consejo de Estado concluirá que el listado de factores sobre los cuales se deben hacer aportes para pensión contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 no es taxativo sino meramente enunciativo, permitiendo la inclusión en la liquidación de la pensión otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

En otras palabras, la corporación decide unificar su criterio alrededor de la primera de las tesis expuestas, según la cual las pensiones afectadas por la transición y enmarcadas dentro de la Ley 33 como norma anterior, deben ser liquidadas con todos los factores salariales devengados, independiente de que ellos coincidan o no con el listado señalado en la ley. Esto quiere decir, utilizando

¹¹¹ Ibidem

los términos empleados por el mismo Consejo de Estado en la sentencia del año 2008¹¹² se decidió: *“Quitarle el efecto útil al listado establecido por el Legislador en la Ley 33 de 1985 para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales”*.

3.5. Argumentos con los que el consejo de estado respaldará su decisión

Para respaldar la interpretación beneficiosa para los trabajadores y pensionados pero abiertamente contraria al texto de la ley, de incluir en la liquidación de la pensión todos los factores devengados así ellos no estén señalados por la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado desarrollará una serie de argumentos, enumerados a continuación, que en su concepto sirven para garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

3.5.1. Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación

Citando una jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹³ y el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁴, el Consejo de Estado anota que las pensiones de jubilación son, de manera general, el producto de largas relaciones laborales, siendo entonces dichas prestaciones un salario diferido o el reintegro del ahorro que durante largos años hizo al trabajador, razón por la cual las pensiones nunca pueden considerarse como una dádiva súbita a cargo de la Nación.

¹¹² *Ibidem*

¹¹³ Colombia, Corte Constitucional, (1992), (Sentencia C-546 del 1º de octubre), M.P.: Angarita Barón C. y Martínez Caballero A.

¹¹⁴ *Artículo 9 - Derecho a la Seguridad Social: 1. 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.*

Hecha esta precisión, la cual se comparte en su totalidad, el alto tribunal concluirá - en contravía con la decisión final de su propia sentencia - que las pensiones están relacionadas con los aportes que se hacen para la seguridad social mientras exista la relación laboral, tal y como se lee en el siguiente extracto de la sentencia analizada:

“Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los 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.”

Curiosamente, el Consejo de Estado en la misma sentencia a la cual pertenece la anterior transcripción concluirá, de manera contradictoria, que en la liquidación pensional se deben incluir todos los factores salariales, así estos no hayan sido objeto de descuentos.

3.5.2. Principio de progresividad

El Consejo de Estado inicia este punto definiendo el principio de progresividad como *“una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute.”*

A partir de esta definición y luego de citar varias sentencias proferidas por la Corte Constitucional¹¹⁵ donde se desarrolla la aplicación de este principio¹¹⁶, el alto tribunal concluye que la interpretación según la cual la Ley 33 de 1985 enlista taxativamente los factores para liquidar las pensiones, trae como consecuencia la regresividad en los derechos Sociales, teniendo en cuenta que una norma

¹¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, (2004), (Sentencia C-038 del 27 de enero), M.P.: Montealegre Lynnet E.

¹¹⁶ Ya anteriormente se había delineado esta doctrina en las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002. T-1318 de 2005

anterior, el Decreto 1045 de 1978¹¹⁷, era mucho más benéfico al delimitar los factores pensionales.

De otro lado, citando el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad en materia laboral, que como su nombre lo indica consiste en privilegiar lo que realmente ocurre por encima de los formalismos que pretendan representar dicha realidad, el Consejo de Estado señalará que la aplicación de la Ley 33 debe hacerse teniendo en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, queriendo decir que no podría aceptarse una disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

¹¹⁷ El Decreto 1045 de 1978, por medio del cual fijaban las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, respecto de los factores para pensión disponía lo siguiente:

“Artículo 45. “De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. 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 tendrán 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;*
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”*

Al final, el alto tribunal concluirá que ninguno de los listados de los factores propuestos previamente por el Ejecutivo a través del Decreto 1045 de 1978 y posteriormente por el Legislador en la Ley 33 de 1985, son taxativos, si no que son meramente enunciativos, lo que conlleva que sea posible incluir otros factores devengados por el trabajador y no contemplados por dichas normas.

3.5.3. Principio de favorabilidad en materia laboral

La aplicación de este principio por parte del Consejo de Estado se origina en una presunta doble interpretación que tendría el artículo 3º de la Ley 33 de 1985¹¹⁸, no por distintas lecturas que se le puedan dar a la norma, sino por el orden de aplicación de las tres premisas que conforman el artículo.

Para entender este planteamiento y las interpretaciones propuestas por el alto tribunal, se describirán las premisas que componen el mentado artículo 3º, siguiendo el orden en que están allí escritas:

La primera premisa se refiere a la obligación que tenían todos los empleados públicos, afiliados a una caja de previsión social de efectuar los aportes o cotizaciones con el fin garantizar y financiar sus pensiones, por lo menos parcialmente.

La segunda premisa determina que para cumplir la primera, es decir efectuar los aportes para la previsión social, la base de liquidación de estos empleados estaría constituida por un listado señalado por el legislador, sin que en ningún momento se planteara la posibilidad de que el operador legal de turno pudiera ampliarlo.

¹¹⁸ ARTÍCULO 3º (modificado por la Ley 62 de 1985). Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.
Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.
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 tercera y última premisa, parecida más a una conclusión, señala que las pensiones de los empleados estatales del nivel nacional solo podrían liquidarse en función de los mismos factores que fueron objeto de descuentos para la seguridad social.

Atendiendo esta fragmentación en premisas del artículo 3º de la Ley 33, es dable proponer dos interpretaciones: la primera, lógica y que sigue el orden en que están escritas, según la cual el legislador primero señala la obligación de cotizar para pensión dentro de un sistema contributivo, segundo dispone cuales serán los factores a los cuales se les podrán aplicar estos descuentos y tercero precisa que solo estos factores podrían utilizarse para liquidar las pensiones.

La otra interpretación, impuesta en la sentencia estudiada, parte de desconocer el orden en que fue escrita la ley, acudiendo inicialmente a la última de las premisas e invirtiendo el orden cronológico, ya que primero ordena que la pensión se calcule con todos los devengados y después, devolviéndose en el tiempo, ordena que se apliquen aportes retroactivos a los factores utilizados en la liquidación, quitándole cualquier utilidad al listado contenido en la segunda premisa y desconociendo que los empleadores, así quisieran, no podían aplicar descuentos a factores no incluidos en dicho listado .

Es decir que, en esta interesante interpretación el Consejo de Estado concluye que durante toda la relación laboral empleadores y cajas de previsión social *incumplieron* la ley precisamente por *cumplirla*, toda vez que veinte tantos años atrás debieron adivinar que el juez en su divina sabiduría, consideraría que un listado taxativo no lo era y que todos los intérpretes de la norma debían suponer que la forma de *cumplir* la norma era precisamente *incumpléndola*.

3.6. Salvamento de voto a la sentencia de unificación

Antes de plantear las críticas a la sentencia de unificación que aquí se estudia, se debe señalar que ella tuvo un salvamento de voto a cargo del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, especialista y autor de importantes libros de seguridad social

en nuestro país, quien respaldarán la teoría que el Consejo de Estado venía aceptando como mayoritaria, consistente en dar efectivamente una aplicación integral al mandato contenido en la Ley 33 de 1985 incluyendo el acatamiento al listado de factores, lo cual se revela con absoluta claridad en el siguiente aparte del salvamento de voto:

“Si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente dispuso la norma porque, de lo contrario, sería quitarle el efecto útil al listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los entonces empleados oficiales.”¹¹⁹

Se debe reseñar que el salvamento de voto es amplio en transcripciones de extractos jurisprudenciales donde se predica la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, incluyendo solo los factores allí reseñados, del salvamento se resaltará un aparte donde se referencia un fallo que tuvo como Consejero Ponente el actual Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez, quien recientemente “conminó” a las entidades públicas encargadas de reconocer y pagar pensiones para que apliquen la nueva tesis del Consejo de Estado:

“En sentencia del 20 de septiembre 2007, radicación número: 08001-23-31-000-2000-01858-01(7873-05) C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, se aclara que cuando no se tengan quince años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 33/85, “e/

¹¹⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Salvamento de voto 4 de agosto, Exp. 0112-08), Arenas Monsalve G.

*régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985. Así pues, en lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3 previó como factores la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. A su turno, el artículo 1 Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación. De la normativa transcrita, la Sala encuentra que **las primas de navidad y exclusividad reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación.** Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados” (destacado original).¹²⁰*

Además del importante soporte jurisprudencial, el salvamento de voto también desvirtúa uno a uno los argumentos de los demás Consejeros, resaltando que no puede acudir a principios con el fin de darle una interpretación distinta a una norma que es perfectamente clara, máxime cuando la esencia del régimen de transición, conforme a la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, es la de aplicar íntegramente la norma que regulaba el régimen anterior.

El Consejero disidente también planteará que no comparte la referencia al principio de igualdad, porque es evidente que cada uno de nuestros sistemas pensionales, especialmente antes de la Ley 100 de 1993, tenía sus propias reglas. Respecto al principio de favorabilidad, aclara que no resulta viable su

¹²⁰ Ibídem

aplicación ya que, para la controversia planteada respecto de los factores pensionales, solo existe una norma anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

Como se podrá observar, el análisis que aquí se realiza a la sentencia del Consejo de Estado, complementará y profundizará la argumentación expuesta en el salvamento de voto aquí reseñado.

4. Críticas a la posición mayoritaria del Consejo de Estado

Para concluir el presente estudio, se propondrán una serie de críticas a la tesis jurisprudencial propuesta por el Consejo de Estado, demostrando que la interpretación presentada desconoce la Constitución Política, la ley, los principios laborales e inclusive los precedentes de la misma corporación.

Lamentablemente pareciera que el pleno de la Sección Segunda no fue consciente de la importancia doctrinal y financiera que tendría su fallo de unificación, ya que se percibe que faltó el estudio previo que desvirtuara y permitiera descartar las interpretaciones previas del mismo Consejo de Estado, las cuales respetaban las competencias que tradicionalmente ha tenido cada una de las ramas del poder público, especialmente las de hacer y modificar las leyes, la cual es exclusiva del Congreso de la República.

4.1. Desconocimiento al desarrollo histórico y normativo que ha tenido la materia en nuestro país

Para efecto de desarrollar esta crítica se reiterará el supuesto que históricamente se ha entendido lógico, según el cual los factores sobre los cuales se liquidan las pensiones deben ser los mismos que se han utilizado para efectuar los aportes o cotizaciones al sistema encargado de reconocer la prestación.

Esta lógica ha sido acogida por muchas de las normas que en nuestro país han regulado el tema pensional, entre otras, la Ley 33 de 1985, disposición sobre la cual se centra la controversia materia de estudio, determina en su artículo 3º que *en todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden*

siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Igualmente el Instituto de Seguros Sociales, a través del Acuerdo 049 de 1990¹²¹, precisaba que el salario mensual de base, es decir el *ingreso base de liquidación* en los términos utilizados hoy día, provenía de los salarios semanales sobre los cuales *cotizó* el trabajador.

En el mismo sentido, el Decreto 1160 de 1989, que regulaba la pensión por aportes creada por la Ley 71 de 1988, en su artículo 22, inciso segundo, disponía para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales que el salario asegurado sería el promedio de los salarios sobre los cuales se efectuaron los aportes durante el último año de servicios. Al respecto se anotará que el primer inciso de este artículo dirigido a las administradoras distintas al Instituto de Seguros Sociales, señalaba taxativamente los factores que constituirían el salario asegurado para efectos pensionales, los cuales coinciden con los descritos en la Ley 33 de 1985.

Aunado a lo anterior, y pese a la dispersión normativa existente en nuestro país, se pueden encontrar variados antecedentes que demuestran la tradición de condicionar que la liquidación pensional se efectúe solamente con los factores que fueron objeto de aportes, respetando, para el caso de los servidores públicos, la competencia normativa que para tal efecto han tenido el legislador y el ejecutivo.

En este sentido vale la pena revisar las normas que en nuestro país han regulado el tema del ingreso base de cotización para los servidores públicos, las cuales en algunos casos precisaban la estrecha y consecuente relación que existe con el ingreso base de liquidación.

¹²¹ El párrafo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990) señala: El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

La Ley 4ª de abril de 1966, que pretendía generar nuevos recursos para la Caja Nacional de Previsión Social, señalaba en el artículo 2º¹²² que sus destinatarios cotizarían el 5% del salario mensual, precisando en el artículo 4º¹²³ que las pensiones a las que tuvieran derecho los trabajadores de entidades públicas, se liquidarían y pagarían tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Al observar estos dos artículos de la Ley 4ª de 1966, es fácil concluir que existía una relación entre las asignaciones mensuales que serían objeto de aportes con la base que determinaría la pensión. Inclusive, el artículo 5º¹²⁴ ayuda a precisar el tema, ya que al momento de ordenar una reliquidación de las pensiones existentes, se refiere al setenta y cinco por ciento (75%) de la *asignación actual* de los empleos que originaron la pensión, entendiendo que sobre dicha *asignación* era sobre la cual se tasaba el 5% de contribución a la Caja de Previsión Social.

Luego, el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la misma Ley 4ª de 1966, dispuso en su artículo 2º que todos los afiliados de la Caja Nacional de Previsión, aportarían como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento de éstos y por concepto de cuotas periódicas el aporte sería del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes.

Como se puede observar, el Gobierno Nacional dentro de sus competencias, precisó que la base para cotizar o aportar para efectos prestacionales sería del cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes, sin permitir

¹²² Ley 4 de 1966, artículo 2º: Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así: a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.

¹²³ Ley 4 de 1966, artículo 4º: A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

¹²⁴ Ley 4 de 1966, artículo 5º: Las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de Derecho Público con anterioridad a la vigencia de esta Ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente. Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta Ley.

interpretaciones que permitieran aportar sobre las prestaciones evitando así crear expectativa de que las pensiones se liquidarían sobre factores distintos al salario mensual.

A la postre, el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, que le permitía fijar el régimen de prestaciones sociales, expidió el Decreto 3135 de 1968 con el que dispuso, en el artículo 27, que las pensiones de los servidores públicos equivaldrían al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Este Decreto fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual fue bastante generoso al señalar en el artículo 73 que la cuantía de la pensión sería el 75% del promedio de los salarios y primas percibidos en el último año de servicio. De esta referencia, concordante con la tesis actual del Consejo de Estado de incluir todos los devengados pero derogada, se rescatará el antecedente de que para el Gobierno salarios y primas no son lo mismo, tal y como se expondrá cuando se estudie el alcance del término salario dentro del sector público.

En este sentido, el Decreto 1045 de 1978, referido a las prestaciones sociales de los servidores públicos del orden nacional, estableció en el artículo 45 los factores sobre los cuales se debían liquidar pensiones y cesantías, incluyendo prestaciones como las primas de navidad, de vacaciones y de servicios. Esta norma es el antecedente normativo más cercano a la teoría de incluir en la liquidación pensional todos los devengados, sin embargo es preciso reiterar que dicho decreto fue derogado tácitamente por la Ley 33 de 1985.

Así, se llega a la Ley 33 de 1985 como ejecutora del principio de liquidar las pensiones solo con los factores que fueron objeto de descuentos, la cual determinó de manera taxativa los factores que compondrían el ingreso base para efectuar los aportes que tendrían que hacer los empelados oficiales, señalando que las pensiones de aquellos se liquidarán acudiendo solo a los factores afectados por los descuentos.

Lo expuesto desde una óptica histórica, se ratifica hoy día en la propia Constitución Política cuando de manera expresa señala en el artículo 48 que *“para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”*¹²⁵.

En este orden de ideas, se debe tener presente que la Ley 100 de 1993, reguladora del actual sistema de pensiones, señala como regla general que el ingreso base para liquidar las pensiones 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, precisando que el salario base de cotización de los trabajadores dependientes en el sector privado el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo; y en el sector público el que señale el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Así, dentro de la potestad reglamentaria conferida por la Ley, el Gobierno Nacional a través del Decreto 691 de 1994, por medio del cual se incorporaron los servidores públicos al sistema general de pensiones, en el artículo 6º modificado por el Decreto 1158 de 1994, señaló de manera expresa los factores que constituirían el salario base de cotización de estos servidores, coincidiendo plenamente con los relacionados en la Ley 33 de 1985.

Como se puede observar, contrario a lo propuesto en la sentencia estudiada, nuestro ordenamiento ha acogido plenamente la teoría según la cual solo se pueden liquidar las pensiones con los mismos factores que fueron objeto de aportes o cotizaciones, y para el caso específico de los servidores públicos, la potestad de establecer estos factores reside exclusivamente en el Congreso y en el Gobierno Nacional.

¹²⁵ Colombia, (2011), Constitución Política, Bogotá, Temis. Artículo 48, inciso 12, (adicionado por el inciso 6º del Acto Legislativo número 1 de 2005.

4.2. La sentencia del consejo de estado contraviene preceptos constitucionales

La decisión del Consejo de Estado, que aquí se estudia, contraviene varias disposiciones de carácter constitucional, tal y como se demostrará a continuación.

4.2.1. El fallo desconoce los artículos 48 y 4º de la Constitución Política

Nuestra actual Constitución Política, promulgada en 1991, desarrolla en el artículo 48 el derecho a la seguridad social como un servicio público irrenunciable.

Este artículo, que fue objeto de una reforma constitucional a través del Acto Legislativo número 1 de 2005, señala de manera expresa en su inciso 12¹²⁶ que las pensiones sólo se podrán liquidar con los factores sobre los cuales se hayan efectuado cotizaciones, mandato que no puede considerarse novedoso cuando fue incluido en nuestra carta en el año 2005, ya que tal y como se ha descrito atrás, desde hace varios años existía en nuestro ordenamiento.

Al respecto, se debe señalar que para el caso de los empleados públicos del nivel nacional los factores sobre los cuales sus empleadores pueden efectuar aportes para seguridad social, y en particular para pensión, han estado definidos por el legislador ya sea de manera directa o a través de decretos reglamentarios por delegación legal.

Así, dentro de nuestro actual sistema los aportes solo se pueden efectuar sobre los factores descritos por el Decreto 1158 de 1994, los cuales coinciden con los señalados en el artículo 3º de la Ley 33; por ello, resulta inadmisibles además de inconstitucional la teoría del Consejo de Estado de incluir en la liquidación de las

¹²⁶ "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

pensiones factores no considerados por el legislador como susceptibles de descuentos para efectos pensionales, siendo también inconstitucional la orden de aplicar descuentos retroactivos sobre ellos, cuando la ley nunca lo ha autorizado.

En este orden de ideas, cuando el Consejo de Estado ordena liquidar las pensiones con factores que no podían ser objeto de descuentos, no solo desconoce el artículo 48 constitucional, sino que olvida que conforme al artículo 4 de la Carta en todo caso de incompatibilidad entre ella y otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales, razón por la cual resulta indescifrable que se privilegie una interpretación judicial, así esta provenga del máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4.2.2. El fallo desconoce el artículo 150 (Num. 19 Lit. E) de la Constitución Política

En la sentencia estudiada, se desconoce la tesis pacífica del Consejo de Estado, según la cual tanto la Constitución de 1886 en el pasado, como actualmente la Constitución de 1991 (artículo 150, numeral 19, literal E), le confieren al Congreso la exclusividad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, resultando inexplicable que el alto tribunal desconozca que fue el Congreso, en desarrollo de sus funciones constitucionales, quien a través de la Ley 33 de 1985 estableció los factores pensionales de los empleados públicos del nivel nacional.

Por lo anterior, resulta contradictorio que el Consejo de Estado históricamente reconozca la Congreso como el único competente para fijar el régimen salarial de los empleados públicos y ahora usurpe las funciones del legislador, modificando o adicionando el régimen establecido en la Ley 33 de 1985, incluyendo factores allí no contemplados para liquidar las pensiones.

4.2.3. El fallo desconoce los artículos 230 y 6º de la Constitución Política

Al incluir factores no señalados por la ley para liquidar una pensión, el Consejo de Estado desconoce el artículo 230 de la Constitución, que señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, toda vez que aun existiendo una norma expresa (artículo 3º de la Ley 33 de 1985) que señala los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones, el alto tribunal ignora la ley prefiriendo ampliar el listado allí contenido.

En este orden de ideas, se debe señalar que el Consejo de Estado además de ignorar el mandato contenido en el artículo 3º de la Ley 33, pretende que los empleadores públicos apliquen descuentos retroactivos a factores no contemplados por la ley, es decir que obliga a que empleados públicos y ordenadores del gasto contravengan lo dispuesto en el artículo 6º constitucional, según el cual los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, circunstancia en que incurrirán necesariamente cuando accedan a efectuar estos descuentos de manera retroactiva.

4.2.4. El fallo desconoce el artículo 58 de la Constitución Política

Conforme al artículo 58 de la Constitución Política, se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y se consagra que cuando resultaren en conflicto los derechos de los particulares con las necesidades públicas o el interés social, el interés privado debe ceder al interés público o social.

Entonces se debe observar que la Ley 33 de 1985 no solo generó derechos para los empleados públicos respecto de su derecho pensional, sino también para la Administración, en el sentido de que allí se establecía como mecanismo de financiación de las pensiones futuras los aportes que se podían aplicar a determinados factores, razón por la cual cuando se ordena liquidar la pensión con

factores distintos, se afecta el presupuesto público y la sostenibilidad fiscal debido al pago de beneficios que no fueron ni siquiera parcialmente financiados.

En este punto se debe tener en cuenta que la ley creó para los empleados públicos el derecho a recibir ciertos emolumentos, especialmente prestaciones, sin ningún descuento, y un derecho para la administración de financiar el pago de pensiones con los descuentos que por ley podía efectuar. Por lo tanto, resulta inconstitucional que el Consejo de Estado afecte los derechos de los pensionados, ordenando descuentos retroactivos que legalmente nunca fueron autorizados y los derechos del Estado obligándolo a asumir gastos que no legalmente podían presupuestarse ni financiarse.

Adicionalmente y en concordancia con el artículo 6º de la Constitución Política, se debe observar que por medio de este tipo de fallos el Consejo de Estado favorece el interés particular, aumentando de manera desproporcionada las mesadas de los actuales pensionados, quienes a partir de esta cuestionable teoría pueden acceder a pensiones superiores al 100% del ingreso promedio que tradicionalmente sirvió para efectuar los aportes pensionales, lo cual sin duda afecta las futuras generaciones, a quienes cada vez más se le disminuyen sus expectativas pensionales argumentando el alto costo de las pensiones actuales.

4.3. La sentencia del consejo de estado contraviene preceptos legales

Tal y como se acaba de exponer, la sentencia objeto de análisis contraviene varias disposiciones constitucionales, desconociendo además preceptos normativos expedidos por el Congreso de la República o por el Gobierno Nacional dentro de la delegación hecha por la ley y la Constitución Política, empezando por la misma ley que pretende interpretar, tal y como se expone en las líneas venideras.

4.3.1. El fallo desconoce el artículo 3º de la Ley 33 de 1985

La misma sentencia señala que su objetivo es determinar los factores salariales que deben componer el *ingreso base de liquidación* para determinar el *monto* de las pensiones de los empleados públicos cobijados por régimen de transición y que por tal efecto son destinatarios de la Ley 33 de 1985, como norma anterior.

A partir de este postulado, es claro que la esencia del problema es la aplicación e interpretación de la Ley 33 de 1985, razón por la cual resulta oportuno transcribir nuevamente el artículo 3º que de manera específica se refiere al tema:

Artículo 3º (modificado por la Ley 62 de 1985). *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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. (Subrayas propias)

Como se puede observar, el mandato de la ley es claro y no permite adicionar factores diferentes a los allí descritos, salvo que en desarrollo del último párrafo el Congreso, dentro de sus competencias constitucionales, hubiese adicionado tal lista, lo cual no ha ocurrido.

Antes de detallar los factores, se debe precisar que la ley señala que: “*la base de liquidación ESTARÁ CONSTITUIDA por los siguientes factores*”, sin contener frases adicionales que permitieran hacer conjeturas de que el listado es enunciativo y no taxativo. Situación distinta sería que la ley señalara que “*la base de liquidación ESTARÁ CONSTITUIDA, ENTRE OTROS, por los siguientes factores*”.

Entonces, de aceptar la tesis del Consejo de Estado, según la cual el listado contenido en esta norma no es taxativo sino enunciativo, tendríamos que aceptar que Colombia estuvo sujeta durante 25 años a una norma ambigua e incierta, especialmente para los empleadores que debían aplicar los descuentos para pensión, a quienes hoy se les sorprende con la noticia que infringieron la ley precisamente por haberla aplicado en su tenor literal.

4.3.2. El fallo desconoce el artículo 6º del Decreto 691 de 1994

Por medio del Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se dispuso la incorporación de los servidores públicos al nuevo sistema general de pensiones, señalando en el artículo 6º cuál sería el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema. Este decreto, incluida la modificación que del artículo 6º hizo el Decreto 1158 de 1994, mantuvo los mismos factores que el Legislador había establecido a través de la Ley 33 de 1985, tal y como se puede observar en la siguiente transcripción:

“Decreto 691 de 1994, artículo 6º (modificado Decreto 1158 de 1994):

“BASE DE COTIZACIÓN. *El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados el mismo estar constituido por los siguientes factores:*

a. La asignación básica mensual

b. Los gastos de representación

- c. La prima técnica cuando sea factor de salario*
- d. Las primas de antigüedad ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario*
- e. La remuneración por trabajo dominical o festivo*
- f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras a realizarse en jornada nocturna*
- g. La remuneración por servicios prestados”.*

En este punto se debe observar que, al incorporar dentro de la Ley 100 de 1993 a los empleados públicos, ni el Legislador ni el Ejecutivo propusieron un trato diferente para quienes estaban inmersos en el régimen de transición, mucho menos en el tema de efectuar cotizaciones al nuevo sistema. Entonces, todo empleado público perteneciente o no al régimen de transición debe cotizar, precisando además que los factores que constituirían la base de cotización dentro del nuevo sistema dispuestos por el Decreto 691 de 1994 serían los mismos que señalaba antes la Ley 33 de 1985.

De lo anterior se desprende que tanto el Congreso, dentro de su competencia legislativa (Ley 33 de 1985), como el Gobierno, dentro de sus facultades reglamentarias (Decreto 691 de 1994), han establecido de manera precisa los factores que constituyen el ingreso base de cotización y que en consecuencia conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones del sector público. Esta conclusión resulta incomprensible cuando el Consejo de Estado se atribuya la competencia de modificar o adicionar la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, obligando a las entidades públicas a relegar normas que ni han sido declaradas inexequibles por la Corte Constitucional ni nulas por el propio Consejo de Estado.

Por lo expuesto resulta acertado afirmar que el Consejo de Estado además de desconocer la Ley 33 de 1985, promueve el incumplimiento del Decreto 691 de

1994 por parte de los servidores públicos, ya que de ser acertada la teoría del alto tribunal, según la cual todos los emolumentos percibidos por los empleados públicos son salario, se les tendrían que aplicar a todos los devengados descuentos para la seguridad social, independiente de que los afiliados pertenezcan o no al régimen de transición.

4.3.3. El fallo se contradice respecto de la aplicación del Decreto 1045 de 1978

Conforme al recuento histórico hecho de las normas que en nuestro país han regulado el tema del ingreso base de liquidación de las pensiones en el sector público, se señalará que efectivamente existió una norma bastante generosa en cuanto a los factores pensionales (artículo 45 del Decreto 1045 de 1978), sin embargo, tal y como lo acepta el mismo Consejo de Estado en la sentencia que aquí se cuestiona, ese decreto fue derogado tácitamente por la Ley 33 de 1985, lo cual es ratificado en una cita contenida en el salvamento de voto de la misma sentencia.

Sin embargo y pese a ser clara la derogatoria de este decreto, el Consejo de Estado lo utilizará como argumento para quitarle el efecto útil al listado que en forma diligente y laboriosa estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales, tal y como se puede leer en el siguiente aparte:

“Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”

En conclusión, para el Consejo de Estado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 por estar derogado no es aplicable, sin embargo se debe aplicar presuntamente en aplicación del principio de progresividad, desconociendo que en materia pensional es aceptado limitar dicho principio, ya que de otra manera no se podría explicar por qué de generación en generación las edades y el tiempo exigido para la pensión aumenten.

De lo contrario y de aceptar la tesis propuesta por el Consejo de Estado, según la cual no se pueden desconocer los factores propuestos en 1978 así la Ley 33 los haya modificado, tendríamos que aceptar que todos los colombianos tendrían derecho a pensionarse con 50 y 55 años para mujeres y hombres respectivamente, porque en algún momento el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 6a de 1945 así lo prometieron.

4.3.4. El fallo desconoce el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo

En principio, se debe recordar que el Código Sustantivo de Trabajo no aplica a las relaciones laborales individuales de los empleados públicos, sin embargo, aquel contiene una serie de principios y conceptos propios que se entiende rigen todas las relaciones laborales, independiente de su naturaleza. Por ello, se revisará la significancia del término *salario* a la luz del Código, dado que en gran medida el fallo del Consejo de Estado se soporta en la presunción de que todos los devengados recibidos el empleado público deben ser incluidos en la liquidación pensional por entenderse que ellos son, siempre y necesariamente, *salario*.

Al respecto, se harán las siguientes precisiones:

La primera tiene que ver con la diferencia que en Colombia ha existido entre el sector público y el sector privado respecto de cómo se determina si los emolumentos percibidos por el trabajador se pueden o no considerar salario.

Así, en el sector público tratándose principalmente de relaciones legales y reglamentarias, donde las condiciones laborales están preestablecidas

legalmente, se ha entendido que la condición de salario es determinada por el legislador, o el gobierno en caso de existir delegación, razón por la cual se pueden encontrar normas que al crear beneficios económicos para los servidores públicos, pueden precisar si estos son o no salario.

Por el contrario, en el sector privado al existir una mayor libertad de las partes para configurar las relaciones de trabajo, el espectro para definir qué es salario es más amplio y garantista, dándole prioridad a la realidad sobre la formalidad, de tal manera que más allá de proponer un listado expreso de lo que se puede considerar salario, se acude al principio básico según el cual todo aquello que perciba el trabajador como retribución directa a sus servicios se considera salario, principio en el que parece basarse el Consejo de Estado para ordenar en la liquidación de las pensiones todos los factores devengados por el trabajador.

La segunda precisión es que, aun considerando que todo lo que reciba el trabajador es salario, hay ciertas condiciones que se deben tener presente, como es el caso de la periodicidad del pago; al respecto, el Código Sustantivo de Trabajo en el artículo 134, establece que dicha periodicidad no puede superar el mes, lo cual nos permite confirmar que las primas, pagadas una vez cada año (como las de servicio, vacaciones y de navidad) o una vez cada cinco años (como los quinquenios) no se pueden considerar salario.

Este aspecto será complementado con la descripción de algunos emolumentos que conforme al Consejo de Estado podrían ser considerados como factor.

4.4. La sentencia pretende redefinir el concepto de salario en el sector público

Hasta aquí tenemos que el Consejo de Estado asume el listado contenido en la Ley 33 de 1985 como enunciativo y por ende concluye que para liquidar las pensiones se deben incluir todos los factores devengados por considerar que todos tienen naturaleza salarial.

Para abordar de manera crítica la postura del alto tribunal, se debe considerar que la Organización Internacional del Trabajo - OIT, por medio del Convenio 95 de 1949, mencionado en el fallo de primera instancia que propició el pronunciamiento del Consejo de Estado, define el salario como: *“la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”*¹²⁷

Esta definición aporta, entre otros, dos elementos muy útiles para la presente discusión: (i) señala que el salario es una remuneración, retribución o recompensa, premisa que además soporta la parte final de la misma definición, según la cual el salario supone una relación directa y proporcional que debe existir entre lo trabajado y lo pagado; y (ii) reconoce que la fijación del salario puede surgir, ya sea de un acuerdo entre las partes o de la potestad que tiene la correspondiente legislación interna para fijarlo.

Aparentemente el Consejo de Estado no observó estos componentes, ya que al concluir que todo lo devengado por los empleados públicos es salario, desconoció que varios de los emolumentos percibidos por ellos no son directamente proporcionales a la calidad o cantidad de trabajo y que además la OIT reconoció la potestad que tiene la legislación interna para determinar el tema salarial, potestad que en nuestro país tiene un fuerte arraigo constitucional, como ya ha sido detallado en los títulos previos.

En este orden de ideas, se reitera que a la luz de la legislación nacional las únicas entidades facultadas para determinar los salarios y las prestaciones de los

¹²⁷ Organización Internacional del Trabajo, OIT, Convenio 95, sobre la Protección del Trabajo, adoptado el 1º de julio de 1949, vigente desde el 24 de septiembre de 1952 y aprobado en Colombia por medio de la Ley 54 de 1962

empleados públicos, son el Congreso y de manera excepcional el Gobierno dentro de sus facultades reglamentarias. Así, resulta inexplicable que el Consejo de Estado, usurpando competencias de la rama legislativa, haya preferido ignorar el mandato del Congreso, justificándose en una definición muy ligera de lo que es *salario*, desconociendo de paso la normatividad de la OIT.

Es más, se puede afirmar que el Consejo de Estado, a través de su sentencia de unificación, confunde dentro de las relaciones laborales del sector público los conceptos de salario, primas y prestaciones económicas, asumiéndolos como un todo y a partir de ese error construye la teoría de incluir en la liquidación pensional todos los factores devengados por los servidores estatales.

Aquí, vale la pena reseñar la opinión de algunos autores respecto de la diferencia existente entre los conceptos: salario, primas y prestaciones, los cuales el Consejo de Estado parece confundir.

Por un lado, José Obando propone que el salario en el sector público *se encuentra constituido por el conjunto de factores económicos que determinan la remuneración de los servicios prestados por el empleado oficial, según la estructura y funciones de los empleos y la escala de emolumentos preestablecida para cada categoría de destino o trabajo. El salario es la remuneración que recibe el empleado oficial por su trabajo y es la Administración Pública la que debe retribuirlo.*¹²⁸

Posteriormente este mismo autor precisará, citando una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia del 16 de septiembre de 1958, que *no es salario lo que el patrono dé al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales*¹²⁹, las cuales para el caso de los empleados públicos, según la misma obra, son derechos diferentes al

¹²⁸ Obando J., (2005), *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*, 2ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, p.p. 485

¹²⁹ *Ibidem*, p.p. 486

salario y tienen como objeto *suplir las deficiencias del salario y cubrir las necesidades del empleado oficial y de su familia.*¹³⁰

Finalmente y a propósito del tema aquí estudiado, el mismo autor concluirá que, *por ser el salario de naturaleza constitucional, el empleado público acepta la remuneración previamente indicada en la ley adhiriéndose tácitamente a su fijación, sin discutir su valor, ni sus formas de pago.*¹³¹

De otro lado, Alfonso Vanegas Castellanos diferencia las primas y las prestaciones del salario, así inicialmente define las primas como *prestaciones en dinero que recibe el trabajador como complemento del salario, pudiendo estas ser legales o extralegales;* para luego definir las prestaciones sociales como *derechos económicos distintos al salario, pero generados en este, de que son titulares los trabajadores por su misma condición de asalariados, cuyo fin es mejorar los ingresos y cubrir contingencias durante la vigencia del contrato después de su terminación. Constituyen una variable de los pagos de carácter laboral, junto con el salario, los descansos y las indemnizaciones.*¹³²

En el mismo sentido y citando jurisprudencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, Jairo Villegas diferencia las prestaciones sociales del salario, entendidas las primeras como *los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios, u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de éste que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados.*¹³³

Conforme a lo estudiado, se puede concluir que para el sector público una cosa son los factores expresamente señalados por el legislador como *salario* y otra cosa bien distinta son las *prestaciones sociales*, conceptos que lamentablemente

¹³⁰ Ibídem, p.p. 525

¹³¹ Ibídem, p.p. 487

¹³² Vanegas A., (2007), *Diccionario Individual del Trabajo*, 1ª ed. Bogotá, p.p. 469

¹³³ Villegas J., (2005) *Derecho Administrativo Laboral*. 7ª ed. Bogotá, Legis, p.p. 667

el Consejo de Estado confunde, generando unos derechos ilegales, en la medida que con su reciente jurisprudencia pretende que una prestación social, como es el caso de la pensión, sea liquidada con unos factores considerados de manera expresa por la ley como prestaciones sociales, entre las cuales se cuentan las primas de navidad, de vacaciones y de servicios.

En este orden de ideas y de hacer carrera la teoría del Consejo de Estado según la cual todos los pagos laborales devengados constituyen factor salarial para efectos de liquidar las pensiones, no sorprendería que en el futuro las futuras demandas pretendan para la liquidación pensional la inclusión de los valores pagados por concepto de cesantías, indemnizaciones de vacaciones o inclusive de valores entregados por concepto de viáticos para desempeñar los empleos públicos.

Ahora bien, para cerrar el punto y aceptando, con reserva de inventario, la teoría garantista de considera como salario *todo los emolumentos* que devengue el servidor público de parte de su empleador, tampoco se podría aceptar la teoría que por esta razón automáticamente se genere el derecho a que las pensiones sean liquidadas con todos los devengados, ya que para el caso colombiano y específicamente para los empleados públicos, beneficiarios del régimen de transición, el Congreso de la República estableció expresamente por medio de la Ley 33 de 1985 los factores constitutivos de la base pensional, tanto para liquidar dicha prestación, como para efectuar los aportes o cotizaciones por el mismo concepto.

Valga la pena observar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional, quien citando a la Corte Suprema de Justicia, se pronunció al respecto:

“La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la Ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

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

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

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

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

“Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.”¹³⁴ (Subrayas propias)

En este mismo sentido, y luego de referir el anterior extracto jurisprudencial, el mismo Consejo de Estado que hoy considera que todos los devengados deben ser considerados salío y por lo tanto ser incluidos en la liquidación pensional, arribó pocos meses antes de su cambio doctrinal a la siguiente conclusión:

“De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución.

Así, la distinción entre elementos salariales y factores salariales implica, que la sumatoria de los primeros corresponde al salario y que los segundos concretan por disposición expresa del Legislador, los elementos salariales que deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social de conformidad con cada régimen prestacional aplicable.”¹³⁵ (Subrayas propias)

¹³⁴ Colombia, Corte Constitucional, (1996), (Sentencia C-279 del 24 de junio), M.P.: Palacios Mejía H. (Conjuez).

¹³⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010), (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 1020-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

Con el ánimo de dar un sentido más práctico a este aparte de la investigación, dedicada a entender el alcance de la propuesta del Consejo de Estado, según la cual todos los devengados son salario, se enunciarán y describirán, de manera concisa, tanto los factores que la Ley 33 de 1985 considera como factores con efecto pensional, como los factores comunes a la gran mayoría de empleados públicos que están siendo incluidos en las reliquidaciones de las pensiones ordenadas por los jueces y tribunales de menor jerarquía, que obedientemente siguen la tesis propuesta por el Consejo de Estado.

4.4.1. Descripción de los factores contemplados por la Ley 33 de 1985 (modificada por la Ley 62 de 1985)

A continuación se relacionan los factores señalados por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 sobre los cuales los empleadores podían hacer descuentos destinados a las cajas de previsión social y que, en consecuencia, debían ser incluidos en la liquidación pensional, reiterando que estos coinciden con los relacionados en el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, norma que incorpora a los empleados públicos dentro del actual sistema general de pensiones:

a. Asignación básica: Es el salario por excelencia, ya que tiene como objeto retribuir o recompensar periódicamente la labor prestada; por lo tanto es lógica su inclusión como factor para determinar el ingreso base de cotización y consecuentemente el ingreso base de liquidación. En principio se puede asumir que esta es la base principal sobre la cual se calculará la tasa de reemplazo o monto de la pensión.

b. Gastos de Representación: De conformidad con los decretos 2054 de 193 y 540 de 1977 se consideran un complemento de la remuneración para altos cargos y pretende reconocer que el ejercicio de aquellos supone un estatus de vida que implica mayores gastos en relación con el ejercicio de otros cargos de menor jerarquía o complejidad.

c. Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación: Estas cuatro primas, como sus nombres lo indican, tienen carácter retributivo ya que están atadas a unas circunstancias no generalizadas y por el contrario atribuible solo a ciertos servidores que se colocan por encima del promedio de sus similares. Así, estas primas se refieren a la permanencia en el empleo, a la necesidad de conocimientos técnicos o científicos especializados o realización de labores de dirección, y al reconocimiento a los avances dentro de estructura jerárquica de la entidad y los deseos de capacitarse.

En este orden de ideas, se debe observar la diferencia existente entre las anteriores primas y las de servicio, navidad y de vacaciones, las cuales por el contrario si son generalizadas y no dependen de esfuerzos o condiciones individuales, siendo legal y tradicionalmente aceptadas como prestaciones sociales, clasificación que descarta de plano el carácter salarial.

d. Bonificación por servicios prestados: Tuvo origen en el Decreto 1042 de 1978 y se causa por cada año de servicio cumplido, a pesar de que no tiene la periodicidad mensual ni el carácter retributivo, fue expresamente señalada por el legislador en la Ley 33 de 1985.

e. Dominicales y feriados, horas extras y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio: Estos ítems están claramente referidos la retribución por trabajo adicional o en jornadas o días que por lo general no son laborables, siendo entonces lógico que sean considerados como factores salariales a los cuales se les deba aplicar los respectivos descuentos para pensión.

4.4.2 Descripción de algunos de los factores no contemplados por la Ley 33 de 1985

De otro lado están los factores no considerados por la ley como salariales, pero que por efecto de la propuesta del Consejo de Estado pueden llegar a ser

considerados como salario y por lo tanto incluidos en la liquidación de las pensiones:

a. Prima de Vacaciones: Esta prima, asociada obviamente al descanso remunerado, tiene la misma naturaleza que las vacaciones, las cuales para el Consejo de Estado, según se reitera en la sentencia estudiada, no son salario ni prestación. Por lo tanto, la prima asociada a ellas tampoco puede considerarse salario. Al respecto es necesario citar a la Corte Constitucional cuando al definir las vacaciones precisó que ellas “*no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado...*”¹³⁶.

b. Prima de Servicios: Por ser un beneficio generalizado dentro del sector público nacional y no estar condicionado a la cantidad o calidad del trabajo realizado no tiene carácter retributivo, con el agravante ya señalado que el Decreto 1042 de 1978, que la creó, la consagra como prestación, razón por la cual resulta descabellado que una prestación sea utilizada para liquidar otra prestación. No sobra indicar que este factor no está considerado ni por el Decreto 1158 de 1994 ni por la Ley 33 de 1985, en consecuencia, ni se pueden aplicar descuentos para la pensión, ni tampoco se puede utilizar para liquidarla.

En igual sentido y si bien ya se indicó que el Código Sustantivo del Trabajo no aplica directamente a los empleados públicos, se anotará como referencia válida que dicha norma en su artículo 307 prescribe que la prima anual (o de servicios) no es salario ni se computará como factor de salario en ningún caso, precepto que fue declarado exequible por la Corte Constitucional, quien enfatizó lo siguiente: “*Tal como se indicó en los considerandos del numeral quinto de este fallo, el elemento esencial para determinar la naturaleza salarial de ciertas sumas que recibe el trabajador, es si ellas tienen por fin retribuir la labor prestada por el*

¹³⁶ Colombia, Corte Constitucional, (1997), (Sentencia C-598 del 20 de noviembre), M.P.: Martínez Caballero A.

trabajador. Carácter retributivo del que carece la prima anual de servicios, pues su creación por parte del legislador, tuvo una finalidad distinta a la señalada.”¹³⁷

c. Prima de Navidad: Igual que las dos anteriores, está expresamente catalogada por nuestra legislación (Decretos 1042 de 1978 y 1045 del mismo año) como una prestación y no tiene carácter retributivo, por lo tanto no fue contemplada por la Ley 33 de 1985 ni tampoco incluida dentro de nuestro actual sistema a través del Decreto 1158 de 1994.

A pesar de que hasta aquí llega el listado de factores expresamente incluidos en la sentencia objeto de estudio, se enunciarán tres conceptos adicionales que podrían ser incluidos en la liquidación de las pensiones siguiendo el precedente propuesto por el Consejo de Estado:

d. Bonificación por Recreación: Como su nombre lo indica no tiene carácter retributivo, además de que las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, razón de sobra para no estar señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, siendo obvio que no se le pueden aplicar descuentos y en consecuencia tampoco puede ser considerada al momento de liquidar las pensiones.

En este punto se debe señalar una evidente contradicción en la que incurre el Consejo de Estado, ya que en esta sentencia desvirtúa la posibilidad de que esta bonificación en particular sea incluida en la liquidación de la pensión, bajo el argumento que la norma que la creó dispone que de ninguna manera constituirá factor salarial, desconociendo que las primas de navidad, de servicios y de navidad tampoco han sido consideradas por el legislador como salario.

e. Bonificación por Bienestar Universitario: Esta prestación, propia de las Universidades estatales fue creada por el artículo 31 del Decreto 1210 de 1993,

¹³⁷ Colombia, Corte Constitucional, (1996), (Sentencia C-710 del 9 de diciembre), M.P.: Arango Mejía J.

norma que precisó de manera expresa que dicha bonificación no tendría carácter salarial.

f. Quinquenio: Es una bonificación que no tiene carácter retributivo y su periodicidad, cada 5 años, desvirtúa plenamente que pueda tener la naturaleza de salario.

4.5. El consejo de estado modifica una línea jurisprudencial consistente sin precisar las razones del cambio

Como ya se ha expuesto, en lo que respecta a las pensiones de los empleados públicos derivadas del régimen de transición ha hecho carrera la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, el beneficio derivado del término “monto” incluido en el régimen de transición, implica para sus beneficiarios la aplicación integral de la norma reguladora del régimen anterior, para el caso de la Universidad la Ley 33 de 1985, debido precisamente a la consistencia y permanencia de una única interpretación proveniente de un tribunal que debe tener como una de sus tareas principales la unificación de la jurisprudencia.

Sin embargo, en el tema en el cual se ha concentrado el presente estudio, es decir el relativo a los factores a tener en cuenta para liquidar estas pensiones, han existido serios y notorios cambios en las interpretaciones a cargo del Consejo de Estado, razón por la cual no se puede hablar de una jurisprudencia pacífica.

En este orden de ideas, se expondrá una línea jurisprudencia que venía manejando el Consejo de Estado, en la cual se desarrollado de manera coherente la teoría de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, no solo defendiendo la tesis de liquidar con el último año señalado en dicha ley, sino que en sana lógica, y de manera consecuente limitaba los factores a tener en cuenta al listado allí contenido, en un claro respeto al mandato constitucional contenido en el artículo

230, según el cual los jueces en sus providencias, deben someterse al imperio de la Ley.

La línea jurisprudencial propuesta se basa en tres sentencias muy cercanas al fallo judicial estudiado que data de agosto de 2010, haciendo mención sin embargo a otros pronunciamientos que en igual sentido profirió el Consejo de Estado.

4.5.1. Pronunciamiento del 11 de noviembre de 2009¹³⁸

En esta providencia, donde se resolvió el caso de un ex empleado público de la Superintendencia Bancaria, beneficiario del régimen de transición, se afirmó de manera expresa, que los factores a incluir en la liquidación de la pensión debían ser solamente los señalados en la Ley 33 de 1985. Al respecto se citan tres apartes contenidos en las consideraciones de la Sala:

“En lo que tiene que ver con el monto pensional, ya esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades señalando que el monto de la pensión aplicable al régimen de transición conlleva no sólo el porcentaje previsto en las normas favorables anteriores, sino también los factores contemplados en las mismas.” (Subrayas fuera del texto)

(...)

“Por consiguiente, a las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, a quienes al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la referida ley para el orden nacional, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados respecto a la edad para acceder a la pensión de

¹³⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2008), (Sentencia del 11 de noviembre, Exp. 0930-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

jubilación, el tiempo de servicio y el monto de la prestación, los cuales resultan ser, para el caso de los servidores públicos, en principio, el dispuesto por la Ley 33 de 1985, en especial el artículo 3º, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad y que prevé en su inciso 2o:

“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”.

A este respecto, resulta importante aclarar que los factores establecidos en las precitadas Leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos y, por ende, no es posible aplicar otros beneficios otorgados al trabajador legal o extralegalmente. Lo anterior, porque si bien no se desconoce que dichas normas consagraron que “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”; tal expresión debe leerse bajo el entendido de que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados pueden construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión^{139[1]}.” (Subrayas fuera del texto)

(...)

^{139[1]} Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009), (Sentencia del 6 de agosto, Exp. 0640-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

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

4.5.2. Pronunciamiento del 8 de abril de 2010¹⁴⁰

En el mismo sentido y de manera reciente, esta sentencia de abril de 2010 reiteró que si se pretende dar aplicación de manera integral a la norma anterior, no puede desconocerse el mandato del legislador respecto de los factores que se pueden incluir al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, conforme a la Ley 33 de 1985.

En esta sentencia se pueden observar algunos apartes relevantes para el presente análisis. Teniendo que ver el primero con la tesis del Consejo de Estado según la cual en el régimen anterior se debe aplicar de manera integral la norma que regulaba el régimen pensional anterior:

¹⁴⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010), (Sentencia del 8 de abril, Exp. 1593-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

“No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.

Posición jurídica que será ratificada más adelante cuando la sentencia precisa lo siguiente:

*“Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, que **el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior**, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.*

Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión “monto” en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho.”

Finalmente y siendo coherente con el discurso de aplicar de manera integra la Ley 33 de 1985, como norma regulatoria del régimen anterior, el Consejo de Estado concluirá respecto de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión lo siguiente:

“En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985,¹⁴¹ se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33, que establece que: (...)

4.5.3. Pronunciamiento del 18 de febrero de 2010¹⁴²

Finalmente entre los antecedentes cercanos, se citará esta sentencia donde el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y

¹⁴¹ ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

¹⁴² Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010), (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 1020-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado el actor en el último año de servicios.

Como puede verse, allí no están incluidos el subsidio de transporte, la prima de servicio, la prima de vacaciones y de navidad, devengadas por la parte actora durante el último año de servicios y reconocidos en el fallo de primera instancia, por lo que no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación del actor pues como ya se explicó, la definición de los mismos corresponde exclusivamente al Legislador.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la Ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Si bien la liquidación efectuada por la Entidad en el acto de reconocimiento es incorrecta, por cuanto desconoce el derecho del actor al régimen de transición que implica la aplicación integral del régimen anterior salvo los casos en los que resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de favorabilidad, lo que impone en este caso la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 tal como lo afirmó el a quo, la reliquidación ordenada sólo debe adelantarse con base en los factores salariales allí especificados, sin que resulte válido incorporar a la liquidación respectiva factores prestacionales como los indicados por el a-quo, razón por la que el fallo apelado deberá modificarse en tal sentido, pues la inclusión de tales factores es válida únicamente en los regímenes especiales o en los casos en los que el Legislador lo habilite expresamente.” (Subrayas fuera del texto)

Como se puede observar, para el Consejo de Estado venía siendo claro, en aplicación del régimen de transición de los empleados públicos del nivel nacional,

que solo podían tenerse en cuenta los factores expresamente señalados por el régimen anterior, en este caso el contemplado por la Ley 33 de 1985.

4.5.4. Otros pronunciamientos del Consejo de Estado

Como se ha venido citando a lo largo del presente escrito, existen una variedad de fallos del Consejo de Estado que acogen la tesis que reconoce el listado de factores contenido en la Ley 33 de 1985 como taxativo, lo cual es consecuente con la tesis constante de la misma corporación, según la cual por efecto del régimen de transición se debe aplicar de manera integral la norma aplicable al régimen anterior al que pertenecía el afiliado.

En este sentido, y a riesgo de sonar repetitivo se harán algunas transcripciones de apartes de distintos fallos que avalan el presente planteamiento

En el año 2003, el Consejo de Estado concluyó lo siguiente:

Es claro entonces que el señor Xxxx Xxxx tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en la disposición legal anterior, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 19 de enero de 1995.

La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar esta prestación social, resulta acertada la aplicación del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, cuando señala que la base de liquidación de la pensión está constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensional y de capacitación, los

*dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario. “... 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.”*¹⁴³ (Subrayas propias)

En el mismo sentido el Consejo de Estado es sentencia del 2006 señaló:

*“La entidad demandada realizará una nueva liquidación de la pensión de jubilación al señor Xxxx Xxxx la cual se establecerá 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 y por el lapso comprendido entre el 30 de marzo de 1994 y el 30 de marzo de 1995”*¹⁴⁴. (Subrayas propias)

Posteriormente, en el año 2007 se ratifica la tesis, explicando un poco más la relación que necesariamente debe haber entre factores sobre los cuales se pueden efectuar descuentos y factores utilizados para liquidar la pensión:

En consecuencia, al reliquidar la pensión del demandante deberán tenerse en cuenta, los factores salariales enlistados en la ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Como puede verse allí no están incluidos la prima de servicio, de vacaciones, de navidad y de alimentación, que como aparece acreditado devengó la parte actora

¹⁴³ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2003) (Sentencia del 29 de mayo, Exp. 4471-02), M.P.: Arango Mantilla A.

¹⁴⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2006) (Sentencia del 16 de febrero, Exp. 1579-04), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

durante el último año de servicios, por lo cual no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación que le fue reconocida mediante la Resolución No.00930 del 7 de febrero de 1995, no obstante sobre tales factores se hubieran efectuado los descuentos de ley.

“Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión.

“Lo dispuesto en la ley 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional.”¹⁴⁵

(Subrayas propias)

Luego, en el año 2008, el Consejo de Estado no solo reafirma la obligatoriedad de acoger lo dispuesto en la ley, sino que además hará una advertencia relevante sobre el tema:

“Y se ha expresado que si la ley señaló determinados factores salariales con incidencia pensional, respecto de los cuales se deben hacer aportes, no es de recibo acuerdos expresos o tácitos entre la administración y empleados o decisiones administrativas unilaterales para descontar aportes sobre otros factores salariales con la finalidad de mejorar sus pensiones, porque con ello se desconocería la preceptiva legal. El mandato legal de reconocer la pensión teniendo en cuenta los factores sobre los

¹⁴⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2007) (Sentencia del 7 de junio, Exp. 5852-05), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

cuales se hayan hecho aportes, debe entenderse de acuerdo a la ley. No obstante lo anterior, se anota que en algunos **regímenes pensionales especiales** es posible incluir otros factores en la liquidación de la prestación pero ello de acuerdo a la normatividad permisiva.

De conformidad con lo anterior y dado que en el sub lite se encuentra acreditado que al peticionario se le reconoció pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, es necesario tener en cuenta para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62 del mismo año, en razón a que no podría escindirse la norma para tomar lo que fuera más favorable de la otra ley.”¹⁴⁶ (Negrillas y resaltado originales)

En el año 2010 el Consejo de Estado se referirá al término *salario*, coincidiendo con lo expuesto en este trabajo en el sentido de que el Congreso es el único competente para determinar si un determinado ingreso laboral, dentro del sector público, se puede considerar como *salario*:

*“Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los **factores salariales** definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.*

Lo anterior, impone además distinguir el concepto de “factor salarial” del concepto amplio y general de “elemento salarial”. Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en

¹⁴⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2008) (Sentencia del 3 de abril, Exp. 1239-07), M.P.: Gómez Aranguren G.

la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, “sin que constituya factor salarial”.¹⁴⁷ (Negrillas y resaltado originales)

Por último se citará una sentencia de abril de 2010, cuatro meses antes de que Consejo de Estado concluyera que el listado de factores de la Ley 33 de 1985 era meramente enunciativo, donde se reitera el principio básico de limitar la liquidación de las pensiones a los factores sobre los cuales la ley ordene aplicar descuentos:

“Para la Sala es claro que cuando la norma del artículo 36 de la Ley 100 se refirió al promedio de lo devengado en el lapso que hiciera falta para cumplir los requisitos, no significa que deban computarse todas las prestaciones, pues el mismo espíritu del ordenamiento deja ver que se trata de aquello que se establezca como base para la pensión. Por ello el artículo 18 se refiere al salario mensual base de cotización y el artículo 21 habla del ingreso base para liquidar las pensiones que serán los salarios o rentas sobre los cuales se ha cotizado.”¹⁴⁸

4.6. Inconsistencias del fallo

Para concluir, se harán algunas anotaciones que demuestran que, además de los serios cuestionamientos constitucionales y legales, ya expuestos, que presenta la sentencia por medio de la cual el Consejo de Estado pretendió unificar su

¹⁴⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 1020-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

¹⁴⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 29 de abril, Exp. 1203-07), M.P.: Vergara Quintero L.

jurisprudencia, el mencionado fallo judicial evidencia una serie de inconsistencias que terminan de desvirtuar la legitimidad del fallo.

En el primero de los tres puntos finales, se resaltarán un par de inconsistencias que presenta el texto de la sentencia, en el segunda punto se demostrará que la imposibilidad de acatar de manera plena la decisión del Consejo de Estado respecto de aportes extemporáneos a los factores no contemplados por la Ley 33 de 1985 y en el tercero y último punto, se expondrán una serie de vacíos que deja la sentencia.

4.6.1. Inconsistencias en el texto de la sentencia

A continuación se transcribirán algunos apartes de la sentencia aquí se estudia, donde sobresalen una serie de inconsistencias que impedirían aceptarla como un precedente de aplicación forzosa, máxime cuando es evidente la sensación de que por medio de este fallo el Consejo de Estado desconoce el mandato constitucional que obliga a los jueces a someterse al imperio de la Ley.

En una parte de la sentencia el Consejo de Estado plantea lo siguiente:

“Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda¹⁴⁹.” (Subrayas fuera del texto)

Luego, desatendiendo no sólo el mandato legal sino su propia conclusión de acoger la Ley 33 de 1985 como la normatividad aplicable, a reglón seguido

¹⁴⁹ Ver: Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2003) (Sentencia del 13 de marzo, Exp. 4526-01), M.P.: Olaya Forero A.

plantea la inclusión de factores no señalados por la Ley previamente invocada, de la siguiente manera:

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

Posteriormente, en la misma sentencia se encuentra la siguiente antinomia:

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al *sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes*, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores

de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹⁵⁰ (Cursivas propias del texto)

Es claro que el Consejo de Estado acepta expresamente que el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los empleados públicos del nivel nacional, sin embargo paradójicamente y sin dar mayores explicaciones, obliga a incluir los factores allí contenidos.

Pero de manera más inexplicable aún, se encuentra que en el Alto Tribunal acepta que dentro de los factores pretendidos están algunas prestaciones sociales, a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación, pese a ello y sin ninguna justificación los homologa a la condición de salario para efectos de liquidar las pensiones que son otras prestaciones económicas.

En conclusión, el Consejo de Estado a través de esta sentencia desconoce el mandamiento contenido en el artículo 230 de la Constitución, según el cual los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley, en este caso representada por el texto claro del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, que señala el listado de los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones, por lo tanto al ampliar dicho listado el máximo tribunal termina usurpando funciones propias del Congreso.

4.6.2. Imposibilidad de efectuar aportes para pensión sobre factores no dispuestos por la ley

En este espacio, se resaltaré que la tesis de incluir en la liquidación pensional factores no señalados por la Ley 33 de 1985, parte de la equivocada creencia que los empleadores y las cajas de previsión social responsables de estas pensiones debieron haber efectuado descuentos para pensión sobre los factores que hoy día y luego de 25 años de haber sido expedida la ley, el Consejo de Estado

¹⁵⁰ Ver: Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (2002) (Concepto 1393 de 18 de julio, Exp 1393), M.P.: Rodríguez Arce F.

considera deben ser incluidos en la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los empleados públicos.

Al respecto, se debe precisar que de la misma forma como es imposible legal y constitucionalmente incluir en la liquidación de la pensión factores no señalados expresamente por la ley, también es y ha sido inviable, desde el punto de vista jurídico, efectuar descuentos sobre factores no considerados por el legislador, para tal efecto se expone a continuación el régimen legal al cual se ha sometido históricamente los empleadores públicos del nivel nacional en materia de descuentos para pensión:

Ley 4ª de 1966 (abril 23): Conforme al artículo 2¹⁵¹ de esta ley, los afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, debían aportar como cuota de afiliación una tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, más un aporte permanente del cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes. Si bien esta norma en principio se refería solo a la Caja Nacional de Previsión Social, su alcance fue extendido a las demás cajas de previsión del sector público del nivel nacional existentes y a las que fueron creadas con posterioridad.

Como se puede observar, esta ley que es la base de la normatividad que regularía de ahí en adelante los descuentos para pensión, solo permitía de manera expresa descuentos del 5% al salario correspondiente a cada mes, sin incluir primas ni demás prestaciones como equivocada e ilegalmente ha concluido el Consejo de Estado.

Ley 33 de 1985 (Enero 29): Esta ley, sobre la cual paradójicamente se soporta el Consejo de Estado para sostener su tesis de incluir en la liquidación pensional todos los devengados, de manera específica, expresa y sin ningún espacio para

¹⁵¹ "Ley 4 de 1966. Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así: a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes."

generar una verdadera discusión jurídica, señalaba en su artículo 3º cuales eran los factores sobre los cuales se debían efectuar los correspondientes descuentos, sin afectar para nada el porcentaje a aplicar, es decir que se mantenía el 5% al cual se refería la Ley 4 de 1966.

Decreto 691 de 1994 (Marzo 29): Este decreto, reglamentario de la Ley 100 de 1993 y por medio del cual se incorporaron al sistema general de seguridad social en pensiones a los empleados públicos del nivel nacional, señaló de manera expresa en su artículo 6¹⁵², modificada por el Decreto 1158 de 1994 los factores sobre los cuales se deben calcular las cotizaciones para pensión, transcribió los mismos factores que para los mismos efectos disponía la Ley 33 de 1985.

Por lo anterior es claro que las normas que durante los últimos años han regulado el tema pensional de los empleados públicos del nivel nacional, señalan de manera expresa los factores sobre los cuales se puede o se podían aplicar descuentos o efectuar cotizaciones, por lo cual resulta un despropósito que el Consejo de Estado imponga la teoría, según la cual estos empleadores estarían obligados a efectuar cotizaciones sobre factores adicionales a los señalados por la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994.

Entonces, se puede afirmar que el Consejo de Estado no solo desconoce el inciso 12 del artículo 48 de nuestra carta política al ordenar que las pensiones se liquiden con factores sobre los cuales no se hicieron aportes para pensión, sino que también lo desacata cuando ordena a los empleadores que de manera retroactiva apliquen tales descuentos a factores que fueron excluidos por el legislador a la hora de determinar los factores pensionales.

¹⁵² Decreto 1158 de 1994, Artículo 1. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994 quedar así:
"BASE DE COTIZACIÓN. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados el mismo estar constituido por los siguientes factores:
a. La asignación básica mensual
b. Los gastos de representación
c. La prima técnica cuando sea factor de salario
d. Las primas de antigüedad ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario
e. La remuneración por trabajo dominical o festivo
f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras a realizarse en jornada nocturna
g. La remuneración por servicios prestados

4.6.3. Vacios que deja la sentencia del Consejo de Estado

Como el Consejo de Estado concluye en su sentencia de unificación que es obligatoria la liquidación de las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición con factores no señalados por la Ley 33 de 1985, ordenando en consecuencia que se apliquen de manera retroactiva los descuentos nunca hechos a los factores adicionados por el alto tribunal, quedan vacios respecto a la forma de dar cumplimiento de los descuentos retroactivos.

El primero tiene ver con la sensación que deja el fallo del Consejo de Estado sobre la existencia de algún tipo de negligencia en la que pudieron incurrir quienes eran responsables de que los empleadores del Estado cumplieran con el pago de los aportes a la seguridad social y que se limitaron a aplicar descuentos a los factores señalados por la ley, para quienes ahora resulta que debieron haber supuesto 25 años atrás, que conforme a una interpretación del Consejo de Estado, la Ley 33 de 1985 no era taxativa sino enunciativa.

Entonces, en estos casos de existir procesos de responsabilidad disciplinaria o fiscal, las razones que los originarían serían básicamente dos, haber dado aplicación al tenor literal de la ley y no haber tenido la capacidad de predecir con antelación las improvisadas interpretaciones que en el futuro haría el Consejo de Estado.

Un segundo vacío que deja esta sentencia, es el efecto que tendría la tesis del Consejo de Estado en los actuales servidores del Estado no pertenecientes al régimen de transición, a quienes actualmente solo se les aplican descuentos para pensión sobre los factores reseñados en el Decreto 691 de 1994, del cual se ha insistido en lista los mismos factores reseñados por la Ley 33 de 1985.

En estos casos, aún sin pertenecer al régimen de transición, se tendría que suponer conforme al planteamiento del Consejo de Estado que todos los factores devengados son salario por lo tanto se estarían eludiendo las obligaciones de cotizar, no solo a pensiones sino también a los sistemas generales de salud y riesgos profesionales.

Por último y desde una perspectiva más pragmática, si bien este tipo de fallos favorece a los demandantes quienes logran un interesante incremento en sus mesadas, deja en una situación muy complicada a los empleadores y administradores de pensiones, a quienes el fallo les ordena aplicar retroactivamente descuentos para pensión, sin resolver las siguientes inquietudes:

1. ¿Cuál sería el sustento legal para que los empleadores y las respectivas Caja de Previsión Social pueda hacer este tipo de descuentos si la Ley 33 de 1985 ni el Decreto 1158 de 1994 lo han permitido?
2. ¿Desde cuándo deberían hacerse estos descuentos?, ¿Desde el inicio de la relación laboral, o tendrían algún tipo de prescripción a favor de los demandantes?
3. Teniendo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo del dinero, ¿Se debe aplicar a los aportes retroactivos ordenados algún tipo de actualización o indexación a favor de las entidades administradoras?
4. ¿Estos descuentos deben ser extensivos a los otros sistemas, es decir a los de salud y riesgos profesionales?. Y de ser así, ¿Será forzoso pagar intereses moratorios, a pesar de que ni la Ley 33 ni Decreto 1158 de 1994 establecían estos descuentos?
5. ¿Cómo se aplicarán los principios de cosa juzgada e irrenunciabilidad de los derechos pensionales para quienes en el pasado demandaron sus pensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa les falló en contra bajo el criterio de que el listado de la Ley 33 era taxativo?

Es así como la sentencia de unificación del Consejo de Estado genera más problemas que soluciones, sin desconocer el gran beneficio económico que a costa del erario reciben demandantes y abogados litigantes quienes están aprovechando esta oscilación de criterio del máximo tribunal, obligando a las entidades encargadas del pago de pensiones a efectuar unas erogaciones mayores a las que se tenían presupuestadas conforme a lo señalado históricamente por la Ley 33 de 1985.

5. El precedente jurisprudencial y alternativas ante el problema planteado

El estudio particular aquí realizado a la reciente tesis jurisprudencial del Consejo de Estado, iniciada con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y relacionada con la forma de liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, pone en la mesa un claro ejemplo de los efectos prácticos de una discusión de mayor envergadura y gran importancia, relacionada con la validez y obligatoriedad del precedente jurisprudencial¹⁵³, frente al cual se harán los siguientes comentarios.

Efectivamente, la unificación jurisprudencial hecha por el Consejo de Estado contiene una interpretación que amplió el alcance literal de una norma expedida hace 25 años¹⁵⁴ y que venía teniendo una aplicación apegada más a su contenido semántico que a posibles principios o reglas generales que la pudieran gobernar, situación que revive el cuestionamiento de cuál es el papel que debe tener el juez en nuestra sociedad, si como un simple ejecutor de los textos normativos o si, en su tarea de crear derecho, puede llegar a invadir los terrenos del legislador.

En este sentido, la crítica propuesta en el presente estudio no pretende reencarnar el positivismo del siglo XIX, ni mucho menos generalizar el literalismo

¹⁵³ En Colombia actualmente existe un importante debate teórico alrededor de la interpretación y el alcance que debería tener el mandato constitucional contenido en el artículo 230, según el cual, en su sentido más literal, solo la ley es obligatoria teniendo el precedente jurisprudencial solo un criterio auxiliar, a partir de la tesis de la Corte Constitucional que le da un mayor sentido de obligatoriedad a sus precedentes, llegando a considerar que desconocerlos podría constituir prevaricato (Sentencia C-335-08)

¹⁵⁴ Ley 33 de 1985

como único medio de interpretación legal válido; lo que se quiere es revisar si la actuación del Consejo de Estado en esta situación particular, respeta la razón de ser de la división de poderes instituida como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho, el cual, en su naturaleza básica, supone que entre las distintas ramas del poder público deben existir límites que deben ser respetados por ellas.

Para tal efecto, debemos tener presente la doble incidencia que en este caso tiene la rama legislativa, de un lado cuando en 1985 el Congreso de la República estableció un listado de factores que deben ser tenidos en cuenta para liquidar las pensiones en el sector público¹⁵⁵ y de otro lado cuando en el 2010 y en el 2011 expidió dos leyes que imponen en nuestro país la obligatoriedad de acoger el precedente jurisprudencial a la hora de resolver, entre otros aspectos, los relacionados con estas mismas pensiones¹⁵⁶.

Bajo este panorama, si bien el Congreso de la República ha ratificado en los últimos años la importancia del juez como principal, o tal vez único, interprete de la ley, con esto no quiere decir que se hayan delegado funciones legislativas en la Rama Judicial, razón por la cual no se puede aceptar la teoría de que son más importantes y por lo tanto más obligatorias las leyes que han ratificado el poder de la rama judicial que las leyes, que para el caso concreto, han desarrollado preceptos constitucionales en materia salarial y prestacional.

En este orden de ideas, la pregunta que se propone a partir de la crítica desarrollada es: ¿Hasta dónde la ratificación que el Congreso hace del poder del juez y de la influencia que tendrán sus decisiones en casos futuros, habilita a quienes detenta el poder judicial para que a través de sus interpretaciones creen derechos superiores a los que efectivamente plasmó el legislador en el texto que deben interpretar?

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011.

Este cuestionamiento adquiere mayor relevancia si se observa que uno de los argumentos para permitir que el juez supere el papel de simple ejecutor de textos normativos radica en que la literalidad de la norma no debe convertirse en una camisa de fuerza y que el juez debe tener cierto margen para actuar y buscar la respuesta correcta a cada uno de los problemas que debe abordar. Sin embargo, la tesis de la obligatoriedad del precedente, tal y como se desarrolla en el tema en estudio, solo se limita a quitarle el papel de opresor al texto normativo para entregárselo a la interpretación que de este hagan las altas cortes, en este caso el Consejo de Estado, quien por ley ahora parece apropiarse del derecho a ser el único juez legitimado para interpretar la ley.

En este orden de ideas, la interpretación semántica que aquí se reclama de la Ley 33 de 1985 como válida, no obedece a una simple aplicación positivista de la norma que relegue al juez al papel de un simple ejecutor, lo que reclama es el respeto al principio de obligatoriedad de la ley, el cual está expresamente garantizado en el artículo 230 de la Constitución Política, no como una novedad o capricho impulsado por el constituyente en el año 1991, sino como el producto de la evolución de nuestro derecho.

Pero, si es tan claro este principio constitucional, ¿Cuál puede ser el argumento utilizado por el Consejo de Estado para separarse de él, cuando en una interpretación antisemántica y axiológica de la Ley 33 de 1985, además de ignorar el texto literal de la norma que pretende aplicar, interpretando no lo que está escrito en la ley, sino lo que un Tribunal quisiera que dijera la Ley?

La respuesta se puede encontrar en las tendencias del llamado *nuevo derecho* o *derecho neo constitucional*, que busca entre otros aspectos dejar la literalidad de los textos normativos vigentes, para permitir una mayor creatividad de los jueces a la hora de aplicarlos. Sin embargo, esta tesis en principio de avanzada, tendrá una gran contradicción, pues con la tendencia de forzar como obligatorio el precedente jurisprudencial, pasamos del antiguo y constitucional sometimiento a

la ley, históricamente aceptado por nuestras normas conforme a nuestro tipo de Estado, al sometimiento ante la jurisprudencia de turno de las altas cortes.

La paradoja atrás descrita es estudiada por Javier Tamayo en el libro “*El Precedente Judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la Jurisprudencia*”¹⁵⁷, del cual él es coautor, y plantea de manera general un problema que se ejemplifica con el tema en estudio, en un caso de tutela en que el Consejo de Estado¹⁵⁸ dejó sin efectos una sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda por no haber acogido éste los planteamientos señalados en la tan renombrada sentencia de unificación de agosto de 2010.

Sin embargo, es necesario observar que la imposición del precedente vertical al cual se refiere el párrafo anterior, no ha tenido el mismo efecto a nivel horizontal, ya que pese a existir la sentencia de unificación del 2010¹⁵⁹, se pueden encontrar algunos fallos posteriores del propio Consejo de Estado que aún invocan la aplicación integral y literal de la Ley 33 de 1985, incluyendo los factores allí enlistados. Esta situación se observa, justo un año después de proferida la sentencia de unificación, cuando el mismo tribunal concluyó que una servidora pública beneficiaria del régimen de transición tendría derecho a que su pensión fuera liquidada “*teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985*”¹⁶⁰.

Aquí se debe precisar que si esta contradicción no es generalizada tampoco es la única, ya que en otro fallo del año 2011, el mismo Consejo de Estado sentenció en otro caso perteneciente al régimen de transición que: “*Consecuente con lo anterior, lo correcto es que la pensión se liquide con base en los factores*

¹⁵⁷ Tamayo J. y Jaramillo C. (2012). *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la Jurisprudencia*. 1ª ed. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Grupo Editorial Ibañez.

¹⁵⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2012), (Sentencia del 26 de abril, Exp. 11001-03-15-000-2012-00137-00(AC)), M.P.: Alvarado Ardila V.

¹⁵⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

¹⁶⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2011), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 2784-08), M.P.: Vargas Rincón A.

*salariales consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985, como bien lo anotó el Tribunal en la sentencia apelada*¹⁶¹.

. Conforme a lo anterior, es claro que la posibilidad de modificar la jurisprudencia será un privilegio exclusivo del Consejo de Estado, dejando al juez de instancia como un simple operador obligado a ejecutar las órdenes de sus superiores, así ellos estén equivocados, tal y como lo indica Javier Tamayo cuando afirma:

*“De otro lado, si un precedente obligatorio del Consejo de Estado es injusto o está equivocado, ningún Juez de rango inferior se atreverá a desconocerlo, por temor a perder su trabajo o de verse sometido a un proceso de prevaricato. En cambio, si el Juez está sometido solo a la ley, puede perfectamente corregir sin temor alguno la interpretación del Consejo de Estado. Es preferible la autoridad moral de una doctrina jurisprudencial sabiamente elaborada, que la imposición forzada de los fallos*¹⁶².

Volviendo a la búsqueda de las posibles razones que llevaron al Consejo de Estado a convertir una norma, que era clara en su contenido literal, en una norma oscura que requirió de una interpretación compleja, encontramos la siguiente cita de la sentencia objeto de estudio, donde se evidencia el aparente interés de buscar en normas superiores la necesidad de expandir los beneficios limitados que tenía la ley aplicable:

“Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a

¹⁶¹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2011), (Sentencia del 17 de marzo, Exp. 0959-10), M.P.: Gómez Aranguren G.

¹⁶² Tamayo J. y Jaramillo C., Op.cit., p.p. 171.

desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas”¹⁶³.

Como se puede observar, existiendo una norma clara, antes de acudir a la interpretación semántica tradicional de la misma, el Consejo de Estado prefiere representarla como un problema complejo para luego acudir a principios superiores que le permitan encontrar una respuesta distinta a la que fue señalada en su momento por el legislador, siguiendo la línea de los postulados de Robert Alexy y Ronald Dworkin, buscando el derecho no en el texto legislativo, sino en la solución particular que se le pueda dar a un problema particular, a partir de la errada convicción de que la ley vigente no permite una salida justa.

¹⁶³ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

Pero, ¿basta crear un problema para acudir a principios superiores, así la decisión final resulte contraria no solo a la ley sino también a la Constitución Política?

Para responder este interrogante otra vez se citará la reciente obra de Javier Tamayo quien, de manera pertinente para este estudio, señala que: “*Retomando a ALEXY y a DWORKIN, el Derecho injusto también es Derecho y por lo tanto, debe ser aplicado*”¹⁶⁴, precisando claro está que la “*injusticia*” que podría contener la Ley 33 de 1985 es determinada por el Consejo de Estado, ya que a lo largo del presente escrito se han expuesto varias razones que demuestran que dicha norma está ajustada históricamente a nuestro ordenamiento constitucional.

En este sentido, cuando el Consejo de Estado se margina del texto que dice aplicar y desconoce preceptos constitucionales, incurre en lo que Javier Tamayo denomina “*decisionismo*”, fenómeno en el cual “*se desconoce el orden jurídico para fallar de acuerdo con lo que el juez le parezca justo con decisiones desligadas del Derecho vigente*”¹⁶⁵.

Ahora bien, si lo que pretendía el Consejo de Estado era buscar, idear y ejecutar una interpretación, utópica e idealmente benéfica para sus destinatarios, a partir de la aplicación de los principios de la progresividad de los derechos sociales y la favorabilidad en materia laboral, debió reconocer el contexto pensional colombiano, donde solo el 27% de los adultos mayores de 65 años que deberían tener una pensión la tienen¹⁶⁶. Situación que permite plantear la inquietud de si esta interpretación no desconoce y afecta derechos y expectativas de las grandes mayorías que no tienen pensión, y si por el contrario, no termina alimentando aún más la notoria inequidad existente en nuestro país, cuando a través de una extensiva interpretación ha generado un importante aumento en el ingreso de una

¹⁶⁴ Tamayo J. y Jaramillo C., Op.cit., p.p. 18.

¹⁶⁵ Tamayo J. y Jaramillo C., Op.cit., p.p. 68.

¹⁶⁶ Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, (2012), Documento Conpes 156

pequeña parte de la población que tenía pensiones reconocidas y liquidadas con las pautas propuestas por el legislador en 1985.

Esta es otra razón por la cual la novedosa interpretación, aparentemente altruista, resulta todo un despropósito que termina beneficiando en demasía a quienes ya tienen derechos garantizados, con fuentes del erario que no tienen posibilidad de ser recuperadas o compensadas, desconociendo que este alto flujo de recursos atenta contra la sostenibilidad del sistema pensional de reparto aún existente en el país¹⁶⁷, no solo en la inmediatez por el excesivo aumento en el gasto, sino por el desacredito que generan los altos subsidios que reciben estas pensiones, los cuales obviamente se incrementan con los aumentos de las mesadas generadas con interpretaciones judiciales como la que aquí se critica.

Luego de estas consideraciones y críticas a los efectos que puede llegar a tener la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, se debe reiterar que el Congreso de la República ha expedido de manera reciente una serie de leyes que pretenden descongestionar la rama judicial a través de la aplicación forzosa de los precedentes jurisprudenciales, para evitar que las decisiones de las autoridades administrativas encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones tengan que ser debatidas ante los tribunales.

Estas normas son la Ley 1395 de 2010, que señala en el artículo 114¹⁶⁸ que las entidades encargadas de reconocer y pagar pensiones deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos, y la Ley 1437 de 2011, que en sus artículos 10¹⁶⁹ y 112¹⁷⁰ dispone que las autoridades al adoptar las decisiones

¹⁶⁷ Régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por el Instituto de Seguros Sociales en liquidación y el naciente Colpensiones

¹⁶⁸ Ley 1395 de 2010, artículo 114: Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

¹⁶⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 10: *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.* Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera

de su competencia, atenderán las sentencias de unificación jurisprudencial propuestas por el Consejo de Estado.

Estas dos normas, que desarrollan en nuestro entorno y desde el punto de vista legal la teoría de darle un mayor valor al precedente jurisprudencial, ya fueron objeto de control por parte de la Corte Constitucional, la cual reafirma la tendencia de resaltar la importancia y obligatoriedad que debe dársele al precedente, pero precisando que las interpretaciones que provengan de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado deben someterse siempre a las tesis vigentes de la Corte Constitucional¹⁷¹.

Por medio de la sentencia C-539 de 2011¹⁷² la Corte señaló que acoger el precedente judicial hace parte del respeto que las autoridades administrativas le deben a los derechos al debido proceso y al principio de legalidad, por lo cual insiste en que éstas tienen la obligación de aplicar las interpretaciones institucionales vinculantes en los casos que deban atender. Además resalta que el principio de autonomía o independencia es exclusivo de los jueces, quienes de manera excepcional pueden alejarse del precedente con la debida justificación, sin que dicha potestad pueda extenderse a las autoridades administrativas.

Conforme a lo anterior y manteniendo el estudio aquí propuesto, se debería aceptar la obligatoriedad que tendría la tesis del Consejo de Estado para los

uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

¹⁷⁰ Ley 1437 de 2011, artículo 102: *Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

¹⁷¹ Sierra Porto, Humberto, citado por Olano García Hernán Alejandro, en *Tipología de nuestras sentencias Constitucionales*. Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, No. 108 – Dic. 2004, pág. 575. “La posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de circulación de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional, en este punto la doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes. El fundamento de esta posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: la justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que conducen a la afirmación del poder constituyente a la existencial de una Constitución y de la necesaria supremacía de ésta sobre los poderes constituidos. En este sentido el Tribunal Constitucional (mediante sus decisiones, las sentencias) como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones”.

¹⁷² Colombia, Corte Constitucional, (2011), (Sentencia C-539 del 6 de julio) M.P.: Vargas Silva L.

operadores administrativos, según la cual el listado de factores relacionados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 no es taxativo sino meramente enunciativo, siendo los jueces los únicos facultados para cuestionar y eventualmente apartarse de la tesis unificada, situación que si bien ha pasado, ha sido de manera aislada, tal y como ocurrió en el salvamento de voto de la misma sentencia o en fallos posteriores¹⁷³ donde una Subsección apartó del criterio mayoritario.

En este orden de ideas y conforme a lo señalado en la sentencia C-335 de 2008¹⁷⁴, según la cual solo los jueces pueden apartarse del precedente judicial de manera justificada en su tarea de interpretar, aplicar, integrar y dar coherencia al mandato legal, tendríamos que solo le quedaría a las autoridades administrativas una posibilidad absolutamente excepcional, según la cual ellas únicamente “están autorizadas y obligadas a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales¹⁷⁵”.

Entonces, aun existiendo razones muy bien argumentadas para asumir que la interpretación del Consejo de Estado en este tema vulneraría varios preceptos constitucionales, es difícil pretender que las autoridades administrativas defiendan tesis contrarias a la propuesta en la sentencia de unificación, máxime si existen intervenciones como la que ha tenido en este tema la Procuraduría General de la Nación quien recientemente ha conminado¹⁷⁶ a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida a respetar la ley y el precedente en lo relativo al régimen de transición, sin precisar cómo se debe resolver el conflicto existente entre la ley y el precedente propuesto.

¹⁷³ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B (2010) (Sentencia del 22 de julio, Exp. 0240-09), M.P.: Arenas Monsalve G.

¹⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, (2008), (Sentencia C-335 del 6 de abril) M.P.: Sierra Porto H.

¹⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional, (2010), (Sentencia T-439 del 6 de abril) M.P.: Pretelt Chaljub J.

¹⁷⁶ Ver Circular 054 del 3 de noviembre de 2010 de la Procuraduría General de la Nación

Por lo anterior es inevitable preguntarse qué opción tendrán los entes gestores del sistema de seguridad social en pensiones, especialmente los administradores encargados de los reconocimientos y pagos de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida, cuando se ven obligados a aplicar una tesis que se evidencia como contraria a la Constitución Política proveniente del Consejo de Estado y más cuando dicha tesis es debatida por la Corte Suprema de Justicia.

Una primera respuesta se deberá originar en el Consejo de Estado, cuando a partir del 2 de julio de 2012 deba dar aplicación al procedimiento señalado en el artículo 102 de la Ley 1437, teniendo que resolver directamente y sin instancias previas las controversias suscitadas entre administrados y autoridades administrativas, cuando éstas últimas no acojan la nueva figura legal denominada “*extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros*” la cual supone que las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación dictada en un caso con los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Otra respuesta tendrá que surgir de la Corte Suprema de Justicia cuando, en los procesos relacionados con reconocimientos pensionales de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, deba atender las demandas de aplicar el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 acogiendo el precedente del Consejo de Estado el cual, como ya se explicó, resulta contrario a la tesis que ha defendido la Corte Suprema de Justicia en relación con la aplicación del inciso tercero del artículo 36 para estas personas.

Por lo expuesto en este capítulo y teniendo en cuenta el alcance de las sentencias C-539 de 2011¹⁷⁷ y C-816 de 2011¹⁷⁸, según las cuales la obligación

¹⁷⁷ La sentencia C-539 de 2011 declaró exequible el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido que las entidades públicas que reconozcan pensiones deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos, siempre que dichos precedentes jurisprudenciales respeten la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

de acoger los precedentes jurisprudenciales a los que se refieren las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 está condicionada a la interpretación vinculante que sobre la materia realice la Corte Constitucional, será indispensable la participación de ésta última, ya sea pronunciándose acerca de la inconstitucionalidad o acerca de la correcta interpretación que debe tener el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia práctica de la presente investigación, se han radicado dos demandas ante la Corte Constitucional, relacionadas con el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con las cuales se pretende que esa alta magistratura establezca los parámetros que deben acoger las entidades encargadas de atender la enorme cantidad de solicitudes de reliquidación pensional que se han generado con el cambio jurisprudencial propuesto por el Consejo de Estado en agosto de 2010.

Igualmente, se ha radicado ante el Consejo de Estado una demanda de nulidad contra el Decreto 691 de 1994, que en desarrollo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 mantuvo los mismos factores señalados por la Ley 33 de 1985 para limitar los aportes y la liquidación de las pensiones de los servidores públicos. Esta demanda busca que el Consejo de Estado garantice un efecto general a su fallo del 4 de agosto de 2010, ya que de ser coherente con lo allí propuesto, tendría que sentenciar que el Gobierno Nacional no podía delimitar los ingresos bases de cotización y de liquidación en nuestro actual sistema pensional para los empleados públicos, por cuanto todos los ingresos percibidos por los servidores públicos deben ser considerados como salariales y por lo tanto deben afectar directamente los ingresos base de cotización y de liquidación de sus pensiones.

¹⁷⁸ La sentencia C-816 de 2011 declaró exequible el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Como anexo al presente trabajo, se transcribirán los textos de las tres demandas. Las dos primeras radicadas ante la Corte Constitucional el 16 de mayo de 2012 y la última radicada ante el Consejo de Estado el 24 de mayo de 2012.

Queda entonces esperar tales pronunciamientos, en orden a verificar si estamos frente a un grosero desconocimiento del artículo 230 constitucional, que refiere la jurisprudencia tan solo como un criterio auxiliar a la hora de proferir una providencia jurisdiccional, o si por el contrario, se ratificará el imperio de la ley, marco propio del Estado Social de Derecho.

Por último, a manera de cierre e intentando resumir la crítica propuesta ante la tesis del Consejo de Estado contenida en su fallo de unificación del 4 de agosto de 2010 e impuesta hoy día como precedente obligatorio, no se puede más que recordar a Montesquieu cuando en 1748 a través su *“Espíritu de la Leyes”* sentenció que:

“Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería el mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podrá tener la fuerza de un opresor.”

6. Conclusiones y recomendaciones

De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, bien se puede concluir que:

- Los regímenes de transición en materia pensional son mecanismos válidos y necesarios, ante cambios normativos o reformas pensionales que modifiquen las condiciones y los beneficios pensionales, para proteger las expectativas cercanas de quienes sin tener un derecho adquirido respecto de su pensión sí están muy cerca de cumplir los requisitos que les permita consolidar el beneficio pensional.
- En general, estos regímenes transicionales pueden apelar a la fórmula de extender la vigencia de las normas anteriores durante un determinado tiempo después de entrada en vigencia la nueva ley, incluyendo todos sus beneficios y condiciones, o pueden apelar a la implementación de sistemas transicionales, intermedios o mixtos donde se aplican de manera simultánea algunas condiciones o beneficios contenidos en el régimen anterior junto con aspectos regulados por la nueva normatividad.
- Para el caso colombiano y ante la reforma pensional que desde el 1º de abril de 1994 modificaría sustancialmente las expectativas pensionales en el país, el legislador consagró un régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acudiendo a un sistema transicional mixto donde se respetaban los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto derivados del

régimen anterior, pero se advertía que los demás aspectos se regularían con la nueva normatividad.

- En este orden de ideas, se podía entender que los requisitos y beneficios relacionados con el régimen de transición de la Ley 100 eran sencillos, así, para pertenecer a él se tenían que acreditar al 1º de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia del nuevo sistema, uno de estos dos requisitos, o la edad de 35 años para las mujeres o 40 para los hombre, o un tiempo de 15 años de servicios acumulados a esa fecha. Respecto de los beneficios que otorgaría el régimen de transición, el artículo 36 garantizó para sus beneficiarios el derecho a pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior.
- Lamentablemente este mecanismo transicional que debía ser claro y de fácil aplicación, se vio afectado por la mala redacción del artículo 36, lo que generó disímiles interpretaciones en varios de los aspectos allí regulados, algunas de ellas ya han sido resueltas y otras por el contrario están en pleno auge, generando incluso choques de trenes, como se conocen las controversias jurídicas entre las altas cortes, esta vez entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.
- El presente estudio se centró en la forma de determinar la cuantía de las pensiones reconocidas a los empleados públicos pertenecientes al régimen de transición, para lo cual se analizaron dos situaciones derivadas de la aplicación de la palabra *monto* como beneficio transicional. Por un lado la relacionada con el ingreso base de liquidación de estas pensiones, es decir el periodo de tiempo del cual se extrae el promedio salarial al cual se le aplica el porcentaje señalado por la ley como tasa de reemplazo y de otro lado, los factores salariales que se deben considerar para determinar dicho promedio.

-
- Sobre el primero de los temas - ingreso base de liquidación- se encontró que el Consejo de Estado ha mantenido una tesis constante, soportada en el principio de inescindibilidad, según la cual el *monto* de la pensión es un todo que incluye el *ingreso base de liquidación*, es decir que para el caso de estas personas la palabra *monto* garantiza la tasa de reemplazo del 75%, señalada en la Ley 33 de 1985 y la posibilidad de que el *Ingreso base de liquidación* sea el último año ordenado por la Ley 33, y no el dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100. Dicho de otra manera, dentro del régimen de transición es forzoso aplicar de manera integral la Ley 33 de 1985, razón por la cual no se pueden separa el último año y el 75% señalado en ella.
 - Conforme al análisis aquí desarrollado, dicha interpretación se considera equivocada, ya que inutiliza el *ingreso base de liquidación* dispuesto específicamente por el inciso 3º del artículo 36 para el régimen de transición, partiendo del supuesto errado según el cual la transición no es un régimen autónomo sino que es una simple remisión a la norma anterior, en este caso es la Ley 33. Sobre esta interpretación, sin compartirla, se rescatará que ha sido pacífica, es decir que el Consejo de Estado la ha mantenido de manera constante y sin oscilaciones interpretativas, siendo de plena aceptación en gran parte del sector público. Esta tesis se puede referenciar como el *mandato de aplicar de manera integral la Ley 33*.
 - En cuanto al segundo tema -factores de liquidación-, el Consejo de Estado ha tenido serias oscilaciones en cuanto a la interpretación del artículo 3º de la Ley 33 que contiene un listado de factores sobre los cuales se deben realizar los aportes para pensión y que en consecuencia deben ser utilizados para liquidarla. Estas oscilaciones han derivado en tres posibles interpretaciones, la primera, que afirma que dicho listado es taxativo siendo imposible incluir

factores distintos en la liquidación pensional; la segunda, que plantea que dicho listado es irrelevante siendo importante únicamente los factores sobre los cuales se haya aportado, estén incluidos o no en el listado; y la tercera, según la cual el listado no es taxativo sino que es enunciativo, razón por la cual al liquidar la pensión se deben incluir todos los factores devengados, sin importar si están enlistados.

- De estas tres posibles interpretaciones, el Consejo de Estado escogió en el año 2010 la última como la tesis alrededor de la cual unificaría su criterio jurisprudencial, generando la convicción dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de que el listado de la Ley 33 es meramente enunciativo, siendo forzoso ordenar, vía fallo judicial, la reliquidación de las pensiones, no solo con el último año como se venía sentenciando de manera constante, sino que incluyendo además todos los factores devengados durante ese periodo de tiempo.
- El presente estudio abordó la controversia relacionada con el efecto que al régimen de transición le han dado los altos tribunales, en especial el Consejo de Estado cuando ha ordenado que las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición sea determinada conforme al *monto* del régimen anterior, centrando la investigación en el análisis crítico a una sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el mes de agosto de 2010¹⁷⁹.
- La sentencia referenciada ha tenido una especial difusión, dado su carácter unificador y por coincidir con la promulgación de dos leyes que han reforzado la importancia y el respeto por el precedente judicial. La primera de ellas, la

¹⁷⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

Ley 1395 de 2010, ordena a las entidades encargadas de reconocer y pagar pensiones tengan en cuenta los precedentes jurisprudenciales que por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. La segunda, la Ley 1437 de 2011, en similar sentido, dispone que las autoridades al adoptar las decisiones de su competencia, atenderán las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.

- Hecho el respectivo análisis a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se ratificó que la interpretación que desconoce el *ingreso base de liquidación* dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 y ordena aplicar el que disponía la norma que regulaba el régimen anterior, tiene evidentes falencias jurídicas. Sin embargo, dada la constancia y consistencia del argumento, relacionado con la inescindibilidad de la ley, es viable dotar de validez tal interpretación, para que de ella se pueda predicar la aplicación del principio de favorabilidad entre dos interpretaciones válidas de una misma norma.
- Dado que la interpretación de que trata el anterior punto se mantendrá en la jurisdicción contencioso administrativa, no sobra señalar que el país seguirá asumiendo, por parte de dos de sus más altas cortes, interpretaciones distintas de una misma norma, ya que, contrario a lo propuesto por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia valida y aplica la interpretación según la cual el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 es plenamente aplicable y por lo tanto de ninguna manera se pueden utilizar los *ingresos base de liquidación* dispuestos por los regímenes anteriores al nuevo sistema.
- De otro lado y en cuanto a los factores salariales a incluir en la liquidación de estas pensiones, la sentencia de unificación del Consejo de Estado que es objeto del presente análisis varió notoriamente los precedentes de la misma corporación, generando la expectativa de incrementar las cuantía de las

mesadas por medio de demandas donde se pretenda la inclusión de factores que por ley no podían conformar la base de cotización y por lo tanto tampoco podían integrar la base de liquidación.

- En este sentido, se observan muchas deficiencias jurídicas en el argumento que soporta la decisión, pasando por evidentes desconocimientos a la Constitución Política, a la ley e incluso a definiciones básicas, propuestas entre otros por la OIT. Lo más cuestionable es que el Consejo de Estado incurre en enormes contradicciones, no solo porque varía su precedente sin una argumentación convincente, sino porque echa al traste la aplicación del principio de inescindibilidad de la ley cuando exige la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, pero incluyendo órdenes y gastos no contemplados en la norma, que además provienen de una interpretación caprichosa donde el alto tribunal usurpando funciones propias del Congreso de la República adiciona de manera ilegal e inconstitucional una ley que en su contenido era perfectamente clara.
- También se concluye, a partir de esta investigación, que si bien mantener o modificar la posición propuesta por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación tendrá notorios efectos económicos, este aspecto no debe ser un elemento para considerar la legalidad o pertinencia de las diversas interpretaciones expuestas a lo largo del trabajo, ya que la consolidación de los derechos pensionales no pueden supeditarse a que tengan o no implicaciones económicas, de lo contrario algún día se podría concluir que por ser costosas las pensiones no se deben pagar.
- Como conclusión final, desde el punto de vista pragmático, se puede afirmar que es indispensable que el Consejo de Estado revise su sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, ya sea para rectificar su criterio

acogiendo el principio constitucional según el cual los jueces deben someter sus decisiones a la ley, o por el contrario, si se ratificara en su teoría, que explique y disponga la forma correcta de dar aplicación a su tesis, especialmente en lo que respecta a que el precedente propuesto no solo aplicaría a los beneficiarios del régimen de transición sino a todos los empleados públicos, para quienes todos los devengados, incluidas las prestaciones deben ser considerados *salario*, generando efectos no solo en la liquidación de las pensiones, sino en el pago de parafiscales, aportes de seguridad social y en la liquidación de las mismas prestaciones.

- Le corresponderá a la Corte Constitucional, en concordancia con lo concluido en las sentencias C-539 de 2011 y C-816 de 2011, determinar los lineamientos correctos que deben considerar las entidades encargadas de atender la alta demanda de solicitudes de reliquidación, para dar aplicación especialmente al artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, que obliga a aplicar los precedentes jurisprudenciales derivados de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Igualmente, el Consejo de Estado deberá estudiar y determinar si el criterio propuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según el cual todo ingreso devengado por los empleados públicos es salario y como tal debe afectar los aportes para pensiones y por ende la liquidación de las mismas, debe extenderse no solo para efectos de controversias judiciales sino también para el funcionamiento en general del régimen de prima media con prestación definida en relación con todos los actuales servidores públicos, independiente de que ellos pertenezcan o no al régimen de transición.

Anexo: Textos de las demandas presentadas

7.1 Texto de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 3º de la ley 33 de 1985 y contra el inciso 3º del artículo 18 de la ley 100 de 1993. (radicada el 16 de mayo de 2012)

Bogotá D.C.,

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref. Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y contra el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

IVÁN ALEXANDER CHINCHILLA ALARCÓN, ciudadano colombiano, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.625.047 de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el artículo 241 de la Constitución Política interpongo ante la honorable Corte Constitucional la acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, expedidas por el por el Congreso de la República y sancionadas el 28 de enero de 1985 y el 23 de diciembre de 1993, respectivamente.

I. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con el artículo 241 numeral 4º de la Constitución, para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y contra el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

II. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS

El texto de las normas cuya declaratoria de inconstitucionalidad se solicita son los siguientes:

Inciso 2o del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 (El inciso demandado se marca con negrillas y subrayas):

LEY 33 DE 1985

(Enero 28)

Por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

(Publicada en el Diario Oficial No. 36856 del 13 de febrero de 1985)

“ARTÍCULO 3º (Modificado por el artículo 1º de la Ley 52 de 1985). BASE DE COTIZACIÓN. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y

trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

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.

Inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 (El inciso demandado se marca con negrillas y subrayas):

LEY 100 DE 1993

(Diciembre 23)

Por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

(Publicado en el Diario Oficial No. 41148 del 23 de diciembre de 1993)

“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley [4a. de 1992.](#)

(...)

III. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas demandadas adolecen de inconstitucionalidad por cuanto vulneran los siguientes preceptos, derechos y principios contenidos en la Constitución Política y otras normas que integran el bloque de constitucionalidad:

- Principio de progresividad en materia de seguridad social. (Inciso 3º, artículo 48 constitucional y párrafo 1º del artículo 2º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales)
- Principio de la primacía de realidad sobre la formalidad (Artículo 53 constitucional) en cuanto desconoce al alcance del concepto “salario” descrito en el artículo 1º del Convenio 95 de 1949 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962.
- Principio de favorabilidad en materia laboral (Artículo 53 constitucional)
- Derecho a la igualdad (Artículo 13 constitucional)
- Los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal en materia de seguridad social (Inciso 1º, artículo 48 constitucional)
- Obligación de que las pensiones se liquiden únicamente con los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (Inciso 12, artículo 48 constitucional)

A continuación se explica el concepto de la violación y las razones que sustentan la petición de inconstitucionalidad:

1. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Artículo 48, Constitución Política):

El principio de progresividad en materia de derechos sociales, entre los cuales se cuentan los derechos pensionales, supone que una vez alcanzados ciertos niveles de protección no es posible que reformas posteriores generen medidas regresivas frente a las metas ya alcanzadas. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido prolífica en advertir la existencia y respecto que merece éste principio, señalando de forma reiterada que: *“Una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se*

ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional”¹⁸⁰

En este orden de ideas, se debe observar que el sistema pensional aplicable a los servidores públicos del nivel nacional existente antes de la expedición de las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, contemplaba un listado bastante amplio de factores que conformaban la base de liquidación para determinar el monto de las pensiones. Este listado, que estaba relacionado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (que fija las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional) fue reducido por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, en una evidente medida regresiva.

Esta regresión, en la cantidad de factores que podrían ser incluidos en la liquidación de sus pensiones, se demuestra con el siguiente cuadro donde se comparan los factores que existían antes y después de la Ley 33 de 1985. Regresión que sería posteriormente confirmada por el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, dictado en aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

¹⁸⁰ Ver entre otras las sentencias C-671 de 2002 y C-1141 de 2008.

FACTORES PARA EFECTUAR APORTES Y/O COTIZACIONES Y SOBRE LOS CUALES SE LIQUIDAN LAS PENSIONES:

Dto 1045/78 (art 45) Derogado tácitamente por la Ley 33 de 1985.	Ley 33 de 1985 (art 3o) modificado por la Ley 62 de 1985.	Dto 691/94 (art 6º) modificado por el Dto 1158 de 1994.
<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual, • Gastos de representación y la prima técnica, • Dominicales y feriados, • Horas extras, • Auxilios de alimentación y transporte, • Prima de navidad, • Bonificación por servicios prestados, • Prima de servicios, • 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, • Incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978, • Prima de vacaciones, • Valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, • Primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica. • Gastos de representación • Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación • Dominicales y feriados • Horas extras • Bonificación por servicios prestados • Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asignación básica mensual; • Gastos de representación; • Prima técnica, cuando sea factor de salario; • Primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, • Remuneración por trabajo dominical o festivo; • Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; • Bonificación por servicios prestados;

Como se puede observar, la Ley 33 de 1985 al derogar tácitamente el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 redujo ostensiblemente los factores sobre los cuales se debían liquidar las pensiones. Luego ésta medida regresiva sería posteriormente ratificada por el Decreto 691 de 1994, el cual fue expedido en desarrollo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este tema, el Consejo de Estado se pronunció a través de una sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010¹⁸¹, donde asumiendo facultades que en principio deberían entenderse exclusivas de la Corte Constitucional, decidió dar una interpretación extensiva al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, concluyendo que el listado allí contenido no es taxativo sino que, en aplicación del principio de progresividad, debe entenderse como enunciativo, es decir que solo menciona algunos de los factores que deben incluirse en la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, asumiendo que también deben incluirse todos aquellos que sean considerados como salario, para lo cual citó precisamente el Decreto 1045 de 1978.

Entonces, la solicitud de inconstitucionalidad aquí expuesta es coherente con la posición del Consejo de Estado; corporación para la cual entender el listado de factores contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 como taxativo significaría: la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones”. (Lo subrayado corresponde a la transcripción literal de un aparte de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado)

El anterior criterio es reforzado en la misma sentencia cuando el Consejo de Estado concluye que: “el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. Interno No 0112-2009, M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas." (Lo subrayado corresponde a la transcripción literal de un aparte de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado)

En conclusión, tanto el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 como el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, contienen medidas abiertamente regresivas frente al contenido de una norma anterior, en este caso el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, razón por la cual es indispensable que la Corte Constitucional al confrontar las normas demandadas con el artículo 48 de la Carta ratifique el precedente jurisprudencial generado a través de la sentencia de unificación propuesta por el Consejo de Estado en su sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁸², precedente que además es invocado por el Procurador General de la Nación en la circular 054 del 3 de noviembre, donde conminó a las entidades y servidores que administran el régimen de prima media con prestación definida para que apliquen de manera integral el régimen de transición.

2. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD (Artículo 53, Constitución Política) RESPECTO DEL CONCEPTO DE SALARIO (Artículo 1 del Convenio 95 de 1949 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962:

De la misma forma como las normas acusadas desconocen el principio de la progresividad, también desconocen el principio de la primacía de realidad sobre la formalidad, desarrollado en el artículo 53 de la Constitución Política, en cuanto

¹⁸² Ibidem

desconocen al alcance del concepto “salario” descrito en el artículo 1º del Convenio 95 de 1949 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962.

La anterior acusación se soporta en el hecho de que las pensiones suponen una tasa de reemplazo proporcional al ingreso que recibe el trabajador en su etapa laboralmente activa, razón por la cual la pensión debe liquidarse en función de todos aquellos ingresos que durante la relación laboral se constituyeron como salario, más allá de la potestad legal y constitucional que podría tener el Congreso y el Gobierno por delegación, de definir los factores salariales.

Por lo tanto, la Ley 33 de 1985, en su artículo 3º, como la potestad derivada del inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, constituyen una formalidad a través de la cual el Congreso y el Ejecutivo por delegación, pretenden limitar de manera FORMAL los factores constitutivos de la base para cotizar y liquidar las pensiones, pasando por alto que otros factores no incluidos por el legislador y el Gobierno, son desde el punto de vista de la REALIDAD factores salariales, razón por la cual cualquier norma, ya sea de rango legal o reglamentaria que desconozca esta realidad debe considerarse de plano inconstitucional.

Al respecto el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ya relacionada, consideró que asumir como taxativo el listado de factores contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 vulnera el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales. (Las subrayas corresponden a transcripción de una aparte de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010)

En este punto vale la pena traer a colación nuevamente la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (Radicado Interno 0112-2009) donde el Consejo de Estado concluyó lo siguiente:

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

Con la anterior transcripción, se pretende evidenciar que el Consejo de Estado, por medio de la sentencia de unificación referida y asumiendo potestades interpretativas de carácter general exclusivas de la Corte Constitucional, introduce dentro del sector público la aplicación del concepto tradicional del derecho laboral según el cual todo ingreso que perciba el trabajador es *salario*, independiente del nombre que se le dé, aplicando lo dispuesto por el artículo 1º del Convenio 95 de 1949 de la OIT aprobado por Colombia en la Ley 54 de 1962. Al respecto, se debe precisar que esta incorporación conceptual hecha por el Consejo de Estado, elimina o desconoce la competencia constitucional exclusiva que tiene el Congreso de la República para regular el tema salarial y prestacional dentro del sector público.

Por todo lo anterior, se entiende que la liquidación de las pensiones debe someterse al concepto o significado del término “*salario*” por encima de cualquier restricción legal que sobre el tema pudiera hacer el Congreso de la República. Así que, en la medida en que el listado contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 o la potestad conferida en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 limitan o pueden limitar la inclusión de factores que efectivamente son salariales, se hace indispensable la declaratoria de inconstitucionalidad de dichas normas, para que todos los factores que tengan la naturaleza de salario integren el ingreso base de cotización para pensión y el consecuente el ingreso base de liquidación de las pensiones.

3. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL (Artículo 53 constitucional)

Conforme al principio de favorabilidad, ante la existencia de varias interpretaciones de una misma norma se debe aplicar la que resulte más favorable para los trabajadores, sin embargo, para la aplicación de este principio se debe observar que las posibles interpretaciones no sean oscuras ni desatiendan el texto ni el espíritu de la norma interpretada.

Sin embargo, los destinatarios y quienes deben aplicar las normas aquí demandadas se encuentran ante un conflicto, entre aplicar literalmente el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 o acoger la interpretación que de manera reciente ha hecho el Consejo de Estado, el cual no se soluciona simplemente invocando el principio de favorabilidad, ya que en Colombia, conforme al artículo 27 del Código Civil, una de las reglas básicas de la hermenéutica es que si el sentido de la ley es claro no se debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, por lo tanto es válido asumir que la interpretación del Consejo de Estado pueda estar

viciada, mucho más si se observa que ella sería contraria a lo dispuesto en el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política.

Por lo anterior, conforme a la Sentencia C-816 de 2011¹⁸³, la cual precisó que para aplicar las interpretaciones constitucionales del Consejo de Estado se deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, resulta indispensable que la Corte se pronuncie de fondo para definir una única y constitucional interpretación de las normas demandadas, ya sea declarando su inconstitucionalidad conforme a la tesis del Consejo de Estado o en su defecto precisando cual es la correcta interpretación que se debe hacer del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y los límites que tendría el Gobierno al desarrollar las facultades delegadas según el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, se debe precisar que si la Corte no se pronuncia de fondo, se podrá entender que la interpretación que hace el Consejo de Estado del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 constituye una usurpación de las funciones propias del Congreso de la República en su tarea de regular los salarios y prestaciones de los empleados públicos, al igual que una intromisión en la potestad de la Corte de precisar el alcance interpretativo que deben tener las leyes a la luz de la Constitución, generando además una mayor e innecesaria congestión judicial propiciada por la gran cantidad de demandas que en materia pensional se vienen propagando y que incluso genera expectativas legítimas entre muchos

¹⁸³ La sentencia C-816 de 2011 declaró exequible el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

demandantes que antes habían sido desfavorecidos frente a sus pretensiones, ya que hasta el año 2010 el Consejo de Estado consideraba que el listado del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 si era taxativo.

4. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD (Artículo 13, Constitución Política):

Las normas demandadas vulneran de manera abierta el derecho a la igualdad, en la medida que conforme al el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, los trabajadores del sector privado tendrían derecho a que todos sus ingresos considerados como salariales sean incluidos en las cotizaciones y las liquidaciones de pensiones, mientras que los empleados públicos se deben someter a los factores que sean determinados por el legislador a través de la Ley 33 de 1985 o los que señale el ejecutivo en desarrollo de la delegación contenida en el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Esta evidente desigualdad, se agrava con las diversas interpretaciones de que ha sido objeto la Ley 33 de 1985 por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, al respecto basta resaltar que el mismo Consejo de Estado acepta que sus interpretaciones han oscilado entre asumir que el listado contenido en el artículo 3º de la Ley 33 no permitiendo la inclusión de factores distintos a los allí señalados y entender, como lo está haciendo en la actualidad, que dicho listado es meramente enunciativo, asumiendo que se pueden incluir factores distintos a los allí mencionados.

Adicionalmente, y como si esta ambigüedad no afectara lo suficiente el derecho a la igualdad, el Consejo de Estado no ha unificado su criterio sobre qué factores deben entenderse como salariales, dejando un amplio margen de decisión para los jueces de instancia, razón por la cual se pueden encontrar factores que en algunos casos se consideran como salario y en otros casos no, debido a falta de certeza que se tiene sobre su naturaleza, ya sea por su origen legal o extralegal, por el mandato expreso de la norma que los creó, o por su naturaleza misma.

Como ejemplos se pueden citar: las vacaciones, los auxilios de alimentación y de transporte, los compensatorios y las indemnizaciones de vacaciones o prestaciones, y los quinquenios, primas y demás bonificaciones que fueron creados por entes que no tenían competencia para ello.

Finalmente, con el ánimo de evidenciar la afectación al derecho a la igualdad que generan las normas demandadas, especialmente el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se citará de nuevo la sentencia de unificación del Consejo de Estado, la cual concluye que: “para “las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario”, de donde se resaltarán que dicha conclusión no se limita a los beneficiarios del régimen de transición, ya que la esencia de la decisión surge de los principios de progresividad, primacía de la realidad sobre la formalidad y favorabilidad, los cuales no pueden predicarse de aplicación exclusiva para los beneficiarios de dicho régimen sino que deben ser extensivos a todos los servidores públicos incorporados dentro del nuevo sistema pensional creado por la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, es claro que de mantener la constitucionalidad de las normas demandadas, o sin que se precise su verdadero alcance e interpretación a la luz de lo preceptuado por el artículo 4º de la Constitución Política, persistirá una odiosa discriminación entre los trabajadores del sector privado y los empleados públicos, en cuanto a la posibilidad de incluir los factores salariales realmente devengados en la liquidación de sus pensiones, sin desconocer que también persistirán otras desigualdades entre los mismos servidores públicos, para quienes la expectativa pensional dependerán de las diversas interpretaciones que hagan los jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto a la extensión de factores no enunciados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

5. VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD FISCAL SOCIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL (Artículo 48, Constitución Política):

El artículo 48 de la Constitución Política dispone para el sistema de seguridad social, incluyendo el subsistema de pensiones, la aplicación del principio de solidaridad y la garantía de su sostenibilidad fiscal, lo cual supone entre otros aspectos una reciprocidad entre los factores sobre los cuales se aporta para pensiones y los factores sobre los cuales se deben liquidar dichas prestaciones¹⁸⁴.

Sin embargo, éste principio y ésta garantía se ven lesionados por los artículos demandados, ya que los empleadores del sector público para aportar para pensión se deben limitar a los factores señalados por el Legislador y el Gobierno, sabiendo que con posterioridad sus trabajadores podrán exigir, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad, la liquidación de sus pensiones con todos los factores devengados así sobre ellos no se hayan aportes, tal y como ocurre hoy día con la tesis del Consejo de Estado que implícitamente está desvirtuando la constitucionalidad del artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, se debe tener en cuenta que normas recientemente expedidas (artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y artículo 102 de la Ley 1437 de 2011) que pretenden descongestionar la rama judicial, imponen a las autoridades la obligación de aplicar los precedentes establecidos por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, sin embargo al aplicarlas en materia pensional, además de generar un conflicto interpretativo y una vulneración al derecho a la igualdad, como se explicó anteriormente, también se afectan los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, ya que algunas de estas interpretaciones además de contradictorias desconocen preceptos legales y constitucionales, que

¹⁸⁴ Este mandato de reciprocidad tiene hoy día en Colombia rango constitucional, cuando el inciso 12 del artículo 48 señala que: “para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”

suponen la reciprocidad entre los factores sobre los cuales se debe aportar y los factores sobre los cuales se deben liquidar las pensiones.

Tal es el caso de la actual interpretación que del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 hace el Consejo de Estado, según la cual una norma expedida en 1985 se ha aplicado de manera errónea durante casi un cuarto de siglo, durante el cual el sistema solo recibió aportes para pensión por los aportes allí enunciados y hoy el mismo sistema debe reconocer pensiones incluyendo factores que ni siquiera fueron sugeridos por el legislador, debido a una de las tantas interpretaciones que permite una norma que además de ser ambigua es contraria a la Constitución Política.

En este orden de ideas, se debe observar que la sostenibilidad y permanencia del régimen de prima media con prestación definida depende en gran medida de la decisión que tome la Corte Constitucional, ya que este modelo de solidaridad intergeneracional se ve seriamente afectado cuando no se respeta el equilibrio que, conforme a la ley y a la misma Constitución, debe existir entre aportes y pensiones.

6. DESCONOCIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE QUE LAS PENSIONES SE LIQUIDEN SOLO CON LOS FACTORES SOBRE LOS CUALES SE HAN EFECTUADO COTIZACIONES (Inciso 12, artículo 48 constitucional)

Por último y acogiendo la interpretación exegética de la Constitución Política, es necesario observar que el Acto Legislativo número 1 de 2005 al adicionar el artículo 48 constitucional que regula la seguridad social en nuestro país, dispuso un mandato imperativo concordante con los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal según el cual: *“para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”*

De lo ampliamente expuesto, resulta claro que las normas aquí demandadas desconocen abiertamente este precepto constitucional, ya que tal y como se ha reseñado estas normas si bien limitan la gestión de los empleadores públicos a la hora de efectuar los descuentos para pensión, pueden ser inaplicadas a la hora de liquidar las pensiones, generando un desconocimiento del inciso 12 de la Constitución Política, en la medida que los factores utilizados para liquidar las pensiones serán siempre mayores en cantidad a los que sirvieron de base para efectuar las cotizaciones.

IV. PETICIÓN

Conforme a los cargos y argumentos expuestos en la presente demanda, se solicita a la Honorable Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad total del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, al igual que la inconstitucionalidad del inciso 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, por ser contrarios a la Constitución Política.

Igualmente y de acceder a esta solicitud de inconstitucionalidad será indispensable que la Corte se pronuncie de manera expresa respecto de la efectividad de su decisión en el tiempo, aclarando si la decisión tendrá efectos únicamente hacia futuro o tendrá efectos retroactivos lo cual permitirá, en concordancia con lo decidió por la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, aplicar los precedentes jurisprudenciales vigentes que en esta materia provengan de las demás altas Cortes.

V. PETICIÓN SUBSIDIARIA

En el evento de que la Corte Constitucional declare la constitucionalidad de las normas demandadas, dando prioridad al literal E del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, entendiéndose que el Congreso de la República sí tiene

la potestad para delimitar los factores que deben componer las bases de cotización y liquidación pensional de los servidores públicos en nuestro país (Ley 33 de 1985, artículo 3º) o para delegar esta función en el Gobierno (Ley 100 de 1993, artículo 18), será indispensable que se pronuncie respecto a la correcta interpretación, conforme a lo dispuesto por la Carta Política, que deben tener estas normas, especialmente el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, nuevamente se resaltarán la importancia que, conforme a la sentencia C-816 de 2011, tienen el pronunciamiento de la Corte Constitucional el cual es preferente ante la jurisprudencia del proveniente de sentencias de unificación provenientes del Consejo de Estado.

7.2 Texto de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993. (radicada el 16 de mayo de 2012)

Bogotá D.C.,

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref: Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

IVÁN ALEXANDER CHINCHILLA ALARCÓN, ciudadano colombiano, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.625.047 de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el artículo 241 de la Constitución Política interpongo ante la honorable Corte Constitucional la acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma expedida por el Congreso de la República y sancionada el 23 de diciembre de 1993.

I. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con el artículo 241 numeral 4º de la Constitución, para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

II. TEXTO DE LA DISPOSICIÓN DEMANDADA

El texto de la norma de la cual cuya declaratoria de inconstitucionalidad se solicita es el siguiente (El inciso demandado se marca con negrillas y subrayas):

*LEY 100 DE 1993**(Diciembre 23)*

Por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

(Publicada en el Diario Oficial No. 41148 del 23 de diciembre de 1993)

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al

consumidor, según certificación que expida el DANE. *(Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos)*” (El aparte encerrado entre asteriscos y paréntesis fue declarado inconstitucional por medio de la sentencia C-168 de 1995).

(...)

III. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En principio, se expondrán de manera precisa y cierta los preceptos de carácter constitucional vulnerados por el contenido del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando los argumentos que así lo demuestran:

1. DESCONOCIMIENTO DEL PREÁMBULO Y DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR UN ORDEN JUSTO (Artículos 2º y 6º, Constitución Política)

Se demanda en esta actuación de inconstitucionalidad el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto su redacción es imprecisa lo cual impide que, en materia de liquidaciones de las pensiones del régimen de transición, se desarrolle y garantice la justicia, la igualdad y el conocimiento de que habla el preámbulo de la Constitución Política y el orden justo que establecen los artículos 2º y 6º constitucional.

Efectivamente, la confusa redacción de la norma que aparentemente pretende diferenciar o escindir el concepto “*ingreso base de liquidación*” del concepto “*monto*” de las pensiones del régimen de transición, impide que exista una interpretación única y uniforme, generando una notoria ambigüedad a la hora de aplicar la normatividad demandada. Lo cual se evidencia en que para algunos jueces de la república el concepto “*monto*” es un todo que incluye el “*ingreso base*

de liquidación” y para otros jueces los dos conceptos, “*monto*” e “*ingreso base de liquidación*”, son dos variables completamente independientes entre sí.

Entonces, la norma acusada desconoce el preámbulo de la Constitución Política en la medida que su existencia impide asegurar al pueblo colombiano (beneficiario del régimen de transición) *la justicia, la igualdad y el conocimiento*, permitiendo la coexistencia de “*varias justicias*”, ya que actualmente existen, desde las altas cortes, tendencias contradictorias, que impiden el derecho a la igualdad debido a las distintas interpretaciones respecto de que quiso decir realmente el legislador.

En este orden de ideas, la norma acusada también desconoce el artículo 2º constitucional, impidiendo la vigencia de un orden justo, por cuanto el mandato del legislador impreciso y vago, genera una ambigüedad interpretativa que de paso atenta contra el artículo 6º de la Carta, ya que ni particulares ni servidores públicos pueden tener la certeza de cuando cumplen o infringen la ley, existiendo la posibilidad de que dos decisiones prácticamente opuestas tengan respaldo jurisprudencial por las distintas altas cortes existentes en nuestro país.

Lo anterior tiene una seria incidencia en materia de congestión judicial, afectando el orden justo previsto en el artículo 2º de la Carta, ya que es muy difícil asumir que las entidades encargadas de reconocer y revisar reconocimientos pensionales tengan un criterio único y razonado, cuando ni siquiera las altas cortes lo tienen, tal y como se expondrá en la parte final de este escrito.

2. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD (Artículo 13, Constitución Política):

Conforme al artículo 13 de la Carta Política todos los colombianos por nacer iguales ante la ley, debemos recibir el mismo trato de las autoridades, gozando de los mismos derechos y obligaciones.

Sin embargo, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 atenta de manera grave contra el derecho a la igualdad, ya que genera una odiosa discriminación en

cuanto al *ingreso base de liquidación* de los colombianos que actualmente se están pensionando, existiendo una multiplicidad de formas de liquidar a partir de una única norma, desconociendo que entre los destinatarios de tan diversas interpretaciones existen personas que se entiende iguales por ser trabajadores residentes en Colombia que aportan para obtener una pensión.

A continuación se describen algunas de las múltiples y disímiles formas de liquidación que se dan por efecto de la existencia del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aquí demandado:

A quienes son servidores públicos y tenían derechos adquiridos antes de la Ley 100 de 1993, sus pensiones se liquidan con el promedio del último año.

A quienes son servidores públicos, beneficiarios del régimen de transición, adquieren el derecho a la pensión en los 10 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se les aplica de manera exegética la norma acusada, su pensión se liquida tomando el tiempo que les faltare para adquirir el derecho a la pensión, oscilando entre 1 y 10 años.

A los servidores públicos, beneficiarios del régimen de transición para quienes su derecho a la pensión se causó después de transcurridos 10 años de expedida la Ley 100 de 1993, la pensión ya no se liquida ni con el último año ni con el tiempo que les faltaba para adquirir el derecho, sino con la regla general propuesta por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de los últimos 10 años.

Para los mismos servidores públicos, beneficiarios del régimen de transición e independiente del momento en que hayan causado la pensión, a quienes sus pensiones han sido objeto de revisión judicial por parte de la jurisdicción contencioso administrativa o en tutela por parte de la Corte Constitucional, sus pensiones son liquidadas con el promedio del último año.

Para los trabajadores privados afiliados al Seguro Social que tenían derechos adquiridos antes de la Ley 100 de 1993, sus pensiones se liquidan con el promedio de los últimos 2 años.

Para los trabajadores privados afiliados al Seguro Social, beneficiarios del régimen de transición y que adquieren el derecho a la pensión en los 10 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se les aplica de manera exegética la norma acusada, su pensión se liquida tomando el tiempo que les faltare para adquirir el derecho a la pensión, oscilando entre 2 y 10 años.

A los mismos trabajadores privados afiliados al Seguro Social, beneficiarios del régimen de transición a quienes su derecho a la pensión se causó después de transcurridos 10 años de expedida la Ley 100 de 1993, la pensión ya no se liquida ni con el promedio de los últimos 2 años ni con el tiempo que les faltare para adquirir el derecho sino con la regla general propuesta por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de los últimos 10 años.

Para los trabajadores privados que han tenido que acudir a la jurisdicción ordinaria, sus pensiones se liquidan con el promedio del tiempo que faltare para adquirir el derecho o con el promedio de los últimos 10 años, de conformidad con el texto literal del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contrario a lo preceptuado por la Corte Constitucional en tutela y por el Consejo de Estado, quienes interpretan que este inciso resulta inocuo para los beneficiarios del régimen de transición.

Como se puede observar, la existencia de la norma demandada (inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993) genera una evidente contravención al derecho a la igualdad, ya que permite infinidad de liquidaciones para las pensiones de personas que no tienen entre ellas ninguna diferencia cierta y real, permitiendo tratos discriminatorios, como los que se vienen presentando entre personas que se evidencian como iguales por pertenecer al régimen de transición.

En este orden de ideas, es una obligación de la Corte Constitucional, como máxima guarda e intérprete de nuestra Carta Política que, en aplicación del artículo 13 constitucional, promueva las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, ya sea efectuando la declaratoria de constitucionalidad aquí solicitada, o en su defecto, precisando el verdadero alcance y la correcta interpretación de la norma demandada.

3. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO (Artículo 29, Constitución Política):

La Carta Política dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, lo cual supone que un proceso de tanta importancia como lo es el reconocimiento pensional, requiera de la preexistencia de normas y reglas claras que permitan su correcto funcionamiento.

Sin embargo, la existencia del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las múltiples y contradictorias interpretaciones que la norma permite, impide que exista una certeza de cuál es el procedimiento correcto para determinar la cuantía de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, lo que constituye un claro desconocimiento a lo dispuesto por el artículo 29 constitucional.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la Ley 1395 de 2010 contemplaba en su artículo 114¹⁸⁵ la obligación de las entidades públicas encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, de tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. Este mandato, en vez de

¹⁸⁵ ARTÍCULO 114 (Ley 1395 de 2010). Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

generar una mayor dinámica y evitar el acceso a la justicia para resolver este tipo de situaciones, genera por el contrario una enorme confusión al saber que los precedentes jurisprudenciales provenientes de la jurisdicción ordinaria distan de los que tienen origen en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por lo anterior, y en concordancia con lo resuelto en la sentencia C-539 de 2011, que declaró exequible el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, resulta indispensable la participación de ésta Corte, ya sea pronunciándose acerca de la inconstitucionalidad o acerca de la correcta interpretación que debe tener el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En este mismo sentido se debe observar que la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-816 de 2011¹⁸⁶ decidió que para aplicar las interpretaciones constitucionales del Consejo de Estado, conforme a lo ordenado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011, artículo 102), se deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, lo cual ratifica la necesidad de que esta Corte se pronuncie de fondo frente a la demanda aquí propuesta.

DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Artículo 48, Constitución Política)

El principio de progresividad en materia de derechos sociales (entre los cuales se cuentan los derechos pensionales) dispuesto en el artículo 48 de la Constitución

¹⁸⁶ La sentencia C-816 de 2011 declaró exequible el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Política, supone que una vez alcanzados ciertos niveles de protección no es posible que reformas posteriores generen medidas regresivas frente a las metas ya alcanzadas. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido prolífica en advertir el respeto que merece éste principio, señalando de forma reiterada que: *“Una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional”*¹⁸⁷

En este orden de ideas, se debe observar que la norma demandada, inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, propone que el *“ingreso base de liquidación”* de los beneficiarios del régimen de transición para quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión debe ser: *“el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior,”* es decir que se toma un promedio que puede llegar a ser el de los últimos 10 años, cuando las normas anteriores a la expedición de la Ley 100 de 1993 señalaba promedio de tiempo inferiores.

Para efectos de comprobar lo anterior, se debe observar que las personas beneficiarias del régimen de transición que eran empleadas públicas sin régimen especial en aplicación de la Ley 33 de 1985 como régimen anterior, tenían derecho a que su pensión fuera liquidada con el promedio del último año, sin embargo en una medida regresiva, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 desmejoró esa expectativa legal, ordenando que las pensiones para estas personas pasara de liquidarse con el último año a ser liquidada hasta con el promedio de los últimos 10 años.

Igualmente ocurre con los trabajadores afiliados al Seguro Social, para quienes el Decreto 758 de 1990, norma anterior a la entrada en vigencia del nuevo sistema,

¹⁸⁷ Ver entre otras las sentencias C-671 de 2002 y C-1141 de 2008.

disponía que su pensión se liquidaría con el promedio de los últimos 2 años, siendo evidentemente desmejorados, respecto de esta expectativa, cuando el inciso 3º del artículo 36 demandado, los condenó a que su pensión pasase de ser liquidada con el promedio de los 2 últimos años a ser liquidada hasta con el promedio de los últimos 10 años, siendo esta una disposición evidente y fuertemente regresiva.

Así mismo ocurre con otros grupos, no tan generales ni numerosos como los anteriormente descritos, pero que también fueron afectados en sus expectativas, tal y como ocurre con los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, para quienes la medida regresiva contenida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 propone que las pensiones pasen de liquidarse con el salario más alto percibido en el último año, tal y como lo señalaba el Decreto 546 de 1971, a que sean liquidadas hasta con el promedio de hasta los últimos 10 años.

Por lo expuesto, resulta claro que la existencia del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atenta de manera grave contra el principio de progresividad de los derechos sociales garantizado por el artículo 48 constitucional, ya que el *“ingreso base de liquidación”* allí dispuesto resulta abiertamente regresivo en comparación con los *“ingresos bases de liquidación”* contenidos en las normas anteriores (Ley 33 de 1985, Decreto 758 de 1990 y Decreto 546 de 1971, entre otras), a las cuales el mismo artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en su inciso 2º, ordena acudir para efectos de reconocer y liquidar las pensiones de los beneficiarios del tan nombrado régimen de transición.

Entonces, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en procesos contencioso administrativos y la Corte Constitucional en acciones de tutela, se debe entender que el legislador no podía desmejorar las condiciones relacionadas con el *“ingreso base de liquidación”* de quienes perteneciendo al régimen de transición ya habían fundado sus expectativas en que la pensión se les liquidara

con el promedio salarial de uno o dos años, para pasar a promedios de tiempos mayores, conforme a lo señalado en el inciso 3º del artículo 36 demandado, el cual se insiste es regresivo y por lo tanto debe ser declarado inconstitucional.

IV. INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

Reconociendo que el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya había sido estudiado por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-168 de 1995¹⁸⁸ donde fue declarado exequible, salvo el aparte final que decía: "*Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos*", se precisarán a continuación las razones de carácter legal y constitucional que desvirtúan la existencia de una posible cosa juzgada, pues los argumentos y acusaciones invocadas en la presente acción difieren por completo de las expuestas en la demanda que propició la sentencia C-168 de 1995 atrás enunciada.

Teniendo en cuenta que conforme a la Corte Constitucional para que opere el fenómeno de la cosa juzgada debe existir coincidencia entre los cargos planteados en la demanda y los ya resueltos por la Corte Constitucional, se resumirán los cargos propuestos y la decisión contenida en la sentencia C-168 de 1995, para demostrar que los fundamentos y presupuestos que soportan la presente demanda son distintos y que por lo tanto los nuevos cargos no pueden entenderse resueltos con la decisión tomada en el año 1995, mucho menos si se observa que durante los últimos 17 años la jurisprudencia de la Corte relacionada con el régimen de transición ha tenido importantes cambios y evoluciones.

¹⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ

El cargo planteado en el año 1995 contra el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refería a una posible vulneración a *"la condición más beneficiosa"* para los trabajadores que tenían una relación laboral en curso y que estaban regulados por norma laboral preexistente, haciendo énfasis en los empleados públicos y trabajadores particulares no afiliados al ISS, para quienes las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 33 de 1985 y C.S.T. art. 260) disponían como ingreso base de liquidación para sus pensiones el promedio salarial devengado durante el último año de servicio, en tanto que el inciso demandado ordenaba aumentar de manera progresiva este promedio de año en año hasta llegar al promedio de los 10 últimos años en el 2004.

Atendiendo la demanda propuesta en 1995, citando importantes jurisprudencias y doctrinas de un gran número de autores nacionales e internacionales, la Corte Constitucional precisó las diferencias conceptuales entre los términos *"derechos adquiridos"* y *"expectativas de derecho"*, concluyendo que:

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

A reglón seguido y como conclusión básica en la cual apoyará su fallo, la Corte determinó qué:

"el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser"

modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa.'"

Conforme a esta última conclusión, según la cual “*la condición más beneficiosa*” pertenece al grupo de las expectativas de derecho que pueden ser cambiadas por el legislador, la Corte consideró que la prohibición contenida en el artículo 53 constitucional de no “*menoscabar*” los derechos de los trabajadores, invocada por el demandante solo se refiere a los derechos adquiridos y no a las expectativas, razón por la cual la demanda no prosperó respecto a la pretensión de inconstitucionalidad que se propuso ante el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por lo expuesto, es claro que la presente demanda no se funda en los mismos cargos que motivaron la decisión de la Corte contenida en la sentencia C-168 de 1995, esto es, que no se apoya ni en la protección del derecho constitucional de “*la condición más beneficiosa*” ni en la prohibición de “*no menoscabar los derechos del trabajador*”, razón por la cual se ruega a la Corte que estudie de fondo la presente demanda.

V. CONTEXTO HISTÓRICO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL FRENTE AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Finalmente como apoyo a los argumentos que sostienen la presente demanda, con el debido respeto presento el siguiente resumen, para contextualizar y complementar las razones de hecho y derecho que motivan la necesidad de declarar inexecutable el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

Ante la proliferación de regímenes y sistemas especiales de pensiones en Colombia, el Congreso de la República creó a través de la Ley 100 de 1993 un sistema GENERAL de pensiones que aplicaría a TODOS¹⁸⁹ los habitantes del

¹⁸⁹ Ley 100 de 1993, artículo 11.

país, exceptuando únicamente al Magisterio, a Ecopetrol y a las Fuerzas Armadas; el resto de personas, incluyendo quienes tenían regímenes especiales¹⁹⁰ debían acogerse al nuevo sistema con las nuevas condiciones y beneficios que a juicio del legislador eran necesarias para enfrentar nuestra realidad pensional.

Sin embargo, reconociendo que algunas de las condiciones pensionales variarían de manera notoria, el legislador a través de la misma Ley 100 garantizó de manera reiterada la protección a los derechos adquiridos, creando además un régimen de transición para garantizar una protección especial para aquellas personas que sin tener derechos adquiridos sí tenían unas expectativas cercanas¹⁹¹ de que el derecho pensional se concretara, en razón del poco tiempo que les faltaba para cumplir la totalidad de requisitos exigidos conforme a las normas anteriores.

Este régimen de transición fue regulado por el artículo 36, el cual estableció de manera puntual los requisitos para pertenecer a él y dispuso como beneficio que las condiciones de *edad, tiempo de servicio y monto* de la pensión serían las establecidas en el régimen anterior al cual pertenecía el afiliado, precisando que las demás condiciones serían las dispuestas por la Ley 100 de 1993. Lo anterior debía dar claridad de que estábamos ante un régimen propio e independiente, donde las condiciones y beneficios, por mandato legal, estarían conformados con parte de la Ley 100 y con parte de las disposiciones que regulaban los regímenes anteriores.

Tan independiente era éste régimen de transición, que en relación con el ingreso base de liquidación el legislador prefirió no hacer remisiones ni al nuevo sistema ni a los anteriores regímenes, sino que en el inciso 3º del mismo artículo 36

¹⁹⁰ Antes de expedirse la Ley 100 de 1993 y dentro de la generalidad que en materia de pensiones existía para los servidores del sector público, algunos sectores privilegiados que tenían en materia pensional algunos beneficios especiales, de estos sectores los que mayor trascendencia han tenido son la Rama Judicial, el Congreso de la República, la Contraloría y la Procuraduría.

¹⁹¹ Esas expectativas protegidas por el régimen de transición serán denominadas por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C754 de 2004, como “expectativas legítimas”, estableciendo una categoría especial que, a diferencia de las expectativas generales o meras expectativas, tendrían una protección similar a la que tienen los derechos adquiridos.

estableció un procedimiento temporal y transicional para lograr una adecuación progresiva entre los ingresos base de liquidación contemplados por los regímenes anteriores (principalmente los promedios del último año o de los dos últimos años) y el ingreso base de liquidación dispuesto por el nuevo sistema (el promedio de los últimos 10 años como regla general).

Así, quien adquiriría el derecho 2 años después de la entrada en vigencia del nuevo sistema, en el año 1994, se pensionaría con el promedio de los 2 últimos años; a quien le faltaran 3 años a partir de esa fecha para adquirir el derecho se le pensionaría con el promedio de los últimos 3 años; y así consecutivamente hasta llegar al año 2004, a partir del cual todos los afiliados al sistema de pensiones, independiente de que estuvieran o no en el régimen de transición, se pensionarían con el promedio de los 10 últimos años.

Lamentablemente la redacción del artículo 36 no fue la más afortunada y ha permitido durante los últimos 17 años diversas y contradictorias interpretaciones; tanto así, que durante todo este tiempo ha persistido una importante diferencia interpretativa entre dos de nuestras altas Cortes.

Por su lado, el Consejo de Estado como máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encargado de estudiar las demandas en las pensiones derivadas del régimen de transición del sector público, ha considerado que cuando el régimen de transición remite al “*monto*” del régimen anterior, en aplicación del principio de la inescindibilidad, está ordenando mantener el ingreso base de liquidación dispuesto por la norma anterior (casi siempre es el último año, asumiendo como regla general la Ley 33 de 1985). Según esta interpretación, el inciso 3º del artículo 36 no tiene ningún efecto, tal y como se puede observar en el siguiente extracto jurisprudencial:

“En armonía con lo anterior, concluye la Sala, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que, las

personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, se les aplica en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. 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, pues la normatividad anterior (Ley 33 de 1985) señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados.”¹⁹²

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, máxima instancia de la jurisdicción laboral encargada de resolver los procesos pensionales del sector privado y en los que actúa el Seguro Social como administrador, ha venido insistiendo en la aplicación literal del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual ha defendido la tesis de que el ingreso base de liquidación no es una parte constitutiva del concepto “*monto*” señalado en el inciso 2º del mismo artículo 36, tal y como se puede leer en el siguiente extracto:

“En efecto, ese régimen garantiza a sus beneficiarios de cara a la prestación por vejez y en relación con la normatividad que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que hace alusión para el evento de quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, al promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.”¹⁹³

¹⁹² Sentencia del Consejo de Estado referenciada con el número (3055) 2004-00 del 30 de noviembre de 2000, Consejero Ponente ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

¹⁹³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia referenciada con el número 37851 del 27 de abril de 2010, Magistrado Ponente EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Por su parte, la Corte Constitucional ha tenido sus propias contradicciones. Así, por medio de la sentencia C-168 de 1995, ampliamente mencionada en líneas anteriores, concluyó que:

“en el inciso tercero se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas antes citadas, disponiendo que para quienes les faltare “menos” de diez (10) años de servicio para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Resaltando a renglón seguido la potestad que tendría el Congreso de la República para establecer este ingreso base de liquidación especial para los beneficiarios del régimen de transición, cuando afirmó lo siguiente:

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

Finalmente y en consecuencia con lo anterior, la sentencia C-168 de 1995 concluirá que:

“mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas

veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.”

Conforme a las consideraciones y la decisión final contenidas en la sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional afirmó que el régimen de transición no pertenecía al grupo de los derechos adquiridos, por el contrario dicho régimen hacía parte de las denominadas expectativas de derecho, razón por la cual el legislador podía dar un tratamiento especial para los beneficiarios de dicho régimen, el cual no necesariamente suponía ni la aplicación total de los regímenes anteriores ni la misma protección derivada de ellos. Así las cosas, se podría concluir que la posición de la Corte en 1995 coincidía con la postura que sobre la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha mantenido la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, a lo largo de los últimos años, la Corte Constitucional ha venido modulando su doctrina, desconociendo parcialmente la declaratoria de exequibilidad del aparte inicial del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que hiciera a través de la Sentencia C-168 de 1995, ya que a través de acciones de tutela ha considerado que el inciso 3º resulta inocuo, pues la palabra “*monto*” es un concepto inescindible y por lo tanto incluye forzosamente el concepto “*ingreso base de liquidación*”. Entonces, es difícil entender porque una norma que para la Corte Constitucional era EXEQUIBLE en 1995 ahora resulta INOCUA conforme a lo decidió en sentencias de tutela que se refiere a la interpretación que se le debe dar a dicha norma.

Esta contradicción conceptual se puede observar en la sentencia de tutela T-165 de 2006, cuando inicialmente la Corte al describir la composición del artículo 36 de

la Ley 100 de 1993, acepta la posibilidad de que los conceptos “*monto*” e “*ingreso base de liquidación*” sean autónomos e independientes:

“El contenido normativo de los incisos segundo y tercero de este artículo puede ser expresado como sigue: una regla general estipulada en el inciso segundo, una condición adicional a regla mencionada en la frase final del mismo inciso y una excepción a la misma regla, contenida en el inciso tercero. La regla general consiste en que: si para el 1° de abril de 1995 (sic) se tienen la edad y el tiempo cotizado descrito, entonces los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión serán los que haya establecido el régimen al que se encontraba inscrita la persona en dicha fecha. La condición descrita en la frase final de este inciso consiste en que: si existieren otros requisitos diferentes a los anteriores, estos serán los regulados por la Ley 100 de 1993. Y la excepción establecida en el inciso tercero establece que: si a las personas con los requisitos de edad y tiempo cotizado descrito en la regla general les faltaren menos de diez años para adquirir el derecho de pensión, entonces se les calculará la pensión con base en una fórmula determinada en el mismo inciso.”

Como se puede leer, tanto en esta sentencia de tutela como en la sentencia C-168 de 1995, la Corte acepta que los beneficios de pertenecer al régimen de transición están limitados a las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior, como también acepta que el ingreso base de liquidación para los beneficiarios de este régimen de transición sería el dispuesto en el inciso 3°.

Sin embargo, en los renglones subsiguientes, la misma sentencia precisará que para efectos interpretativos, el mandato legal contenido en el inciso 3° del artículo 36 resulta inocuo, es decir debe ser desconocido para dar cabida a una interpretación favorable a sus destinatarios pero ajena a lo considerado y concluido por la Corte en la sentencia de constitucionalidad C-168 de 1995:

“Sobre la interpretación, tanto de la condición como de la excepción a la regla general, la jurisprudencia constitucional ha establecido que debe hacerse de conformidad con los principios que inspiran el régimen de transición. Así, tal como se expresó arriba, la protección y garantía de los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad respaldan la implantación de los regímenes de transición, y conforme con estos se debe procurar la aplicación integral de lo estipulado en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

8. El aporte de la jurisprudencia a la forma de entender los incisos en comento, obedece a que el inciso tercero, aunque establece una clara excepción a los requisitos descritos en la regla general, no da cuenta de los principios constitucionales mencionados, por cuanto condiciona desfavorablemente el respeto por los derechos adquiridos de los beneficiarios del régimen de transición. Sin embargo ello no quiere decir que por virtud del carácter abierto de la Constitución (8), el juez constitucional no pueda optar en el futuro por darle vigencia plena a la excepción contemplada en el inciso tercero en mención. Pues lo cierto es que está permitido que el legislador contemple excepciones a las reglas generales, y en el caso del inciso tercero del artículo 36, está claro —como se verá— que la inconveniencia de su aplicación literal surgió del privilegio de principios constitucionales (C.N., arts. 53 y 58), que en otro momento determinado pueden cobrar menos peso frente a otros.

9. De este modo, en primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso

de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base.”

Al respecto, además de resaltar la evidente contradicción que contiene este fallo de tutela y la sentencia C-168 de 1995, se debe señalar que en nuestra legislación no existe el caso hipotético propuesto por la Corte en el cual un régimen especial anterior a la expedición de la Ley 100 no dispusiera la base sobre la cual se debían liquidar sus pensiones, razón que confirma la conclusión de la misma Corte, según la cual la misma norma, declarada exequible en 2005 resulta inocua debido a la interpretación que en la actualidad propone el Consejo de Estado y la misma Corte Constitucional.

A manera de resumen, bien se puede afirmar que el legislador en 1993 creó un régimen de transición que entre sus particularidades incluyó un *ingreso base de liquidación* especial para sus beneficiarios, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en 1995. Sin embargo, la norma que dispone este *ingreso base de liquidación* tiene actualmente dos interpretaciones, una de la Corte Suprema de Justicia, según la cual debe acogerse el mandato legal expreso aceptando la teoría de que los términos “*monto*” e “*ingreso base de liquidación*” son autónomos e independientes, y otra interpretación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, según la cual dicha norma resulta inocua por considerar que la palabra “*monto*” es un concepto inescindible que incluye forzosamente el concepto “*ingreso base de liquidación*”.

Estas dos interpretaciones, generan una notoria inseguridad jurídica, y al mismo tiempo comportan una grave afrenta al derecho fundamental de la igualdad, ya que las mismas situaciones asociadas al derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición, está generando tratos completamente distintos sin ninguna justificación legal o constitucional.

VI. PETICIÓN

Conforme a los cargos y argumentos expuestos en la presente demanda, se solicita a la Honorable Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad total del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser contrario a la Constitución Política.

Igualmente, de acceder a esta solicitud de inconstitucionalidad, es indispensable que la Corte se pronuncie de manera expresa respecto de la efectividad de su decisión en el tiempo, aclarando si ésta tendrá efectos únicamente hacia futuro o tendrá efectos retroactivos, lo cual seguramente permitirá en concordancia con lo decidió por la Corte Constitucional en sus sentencia C-539 de 2011 y C-816 de 2011, aplicar los precedentes jurisprudenciales vigentes que en esta materia provengan de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción contencioso administrativa.

VII. PETICIÓN SUBSIDIARIA

En el evento de que la Honorable Corte Constitucional, dando prioridad al literal E del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, considere que el Congreso de la República sí tenía la potestad para establecer un ingreso base de liquidación específico para los beneficiarios del régimen de transición, será indispensable que la Corte se pronuncie respecto al verdadero alcance y la correcta interpretación que conforme a lo dispuesto por la Carta Política debe tener el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo efectos que en el tiempo debe tener dicha decisión.

Al respecto, nuevamente se resaltaré la importancia que tiene el pronunciamiento de la Corte Constitucional el cual, conforme a las sentencias C-539 de 2011 y C-816 de 2011, es preferente ante las jurisprudencias provenientes de sentencias de unificación del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia.

7.3 Texto de la acción de nulidad contra el artículo 6º del decreto 691 de 1994 (modificado por el decreto 1158 de 1994). (radicada el 24 de mayo de 2012)

Bogotá D.C.,

Honorables Consejeros

CONSEJO DE ESTADO

E. S. D.

Ref. Acción de Nulidad contra el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 (modificado por el Decreto 1158 de 1994).

IVÁN ALEXANDER CHINCHILLA ALARCÓN, ciudadano colombiano, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.625.047 de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, interpongo ante este tribunal la acción pública de nulidad contra el artículo 6 del Decreto 691 de de 1994 (modificado por el Decreto 1158 de 1994), por ser contrario a la Constitución según los argumentos expuesto por el propio Consejo de Estado en el fallo de unificación proferido el 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda (Radicado Interno 0112-2009).

I. COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 237 de la Constitución Política y 128 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente, para decidir

sobre la demanda de nulidad contra el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 (modificado por el Decreto 1158 de 1994), expedido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y la Seguridad Social.

II. TEXTO DE LA DISPOSICIÓN DEMANDADA

DECRETO 691 DE 1994

(Marzo 29)

Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

(Publicado en el Diario Oficial No 41289 de 30 de marzo de 1994)

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

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

III. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

De conformidad con los argumentos expuestos y defendidos en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, donde actuó como Consejero Ponente el doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA (Radicado Interno 0112-2009), el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 adolece de inconstitucionalidad por cuanto vulnera los siguientes preceptos y principios contenidos en la Constitución Política y otras normas que integran el bloque de constitucionalidad:

- El principio de progresividad en materia de seguridad social. (Artículo 48 constitucional)
- El principio de la primacía de realidad sobre la formalidad (Artículo 53 constitucional) respecto del concepto de salario (Artículo 1 del Convenio 95 de 1949 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962)
- El principio de favorabilidad en materia laboral (Artículo 53 constitucional)
- El derecho a la igualdad (Artículo 13 constitucional)
- El principio de solidaridad en seguridad social (Artículo 48 constitucional)

A continuación se explica el concepto de la violación y las razones que sustentan la petición de nulidad:

1. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Artículo 48, Constitución Política):

Conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (Radicado Interno 0112-2009), el principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de

Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute.

Por lo anterior, se debe observar que el artículo acusado contiene los mismos factores que la Ley 33 de 1985 (modificada por la Ley 62 de 1985) contemplaba como válidos para aportar pensiones antes de que se expidiera la Ley 100 de 1993, por lo cual se puede concluir que tanto la norma demandada como la misma Ley 33 de 1985 resultan regresivas, ya que disminuyen notoriamente los factores que disponía el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tal y como se puede observar en el siguiente cuadro comparativo:

FACTORES SOBRE LOS CUALES SE COTIZA Y SE LIQUIDA PARA PENSIÓN	Dto 1045/78 Artículo 45	Ley 33/85 Artículo 3o	Dto 691/94 Artículo 6º
Asignación Básica Mensual	SI	SI	SI
Gastos de representación	SI	SI	SI
Prima Técnica	SI	SI	SI
Trabajo suplementario u Horas extras	SI	SI	SI
Jornada nocturna, dominicales y feriados o trabajo en días de descanso obligatorio	SI	SI	SI
Bonificación por servicios prestados	SI	SI	SI
Prima Técnica, si es salario	SI	SI	SI
Prima Ascensional, si es salario	SI	SI	SI
Prima de Antigüedad, si es salario	SI	SI	SI
Prima de Capacitación, si es salario	SI	SI	SI
Auxilios de alimentación y transporte	SI	NO	NO
Prima de Navidad	SI	NO	NO
Prima de Servicios	SI	NO	NO
Prima de vacaciones	SI	NO	NO
Viáticos hasta por 180 días en el último año	SI	NO	NO
Incrementos salariales antes de Ley 719 de 1978	SI	NO	NO
Primas y bonificaciones anteriores a la declaración de inexequibilidad del art. 38 del Decreto 3130 de 1968.	SI	NO	NO

Como se puede observar, la Ley 33 de 1985 al derogar tácitamente el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 redujo ostensiblemente los factores sobre los cuales se debían liquidar las pensiones y, aunque el Decreto 691 de 1994 aquí demandado mantuvo los mismos factores señalados por la Ley 33 de 1985, también mantiene la desmejora en comparación con lo dispuesto por el Decreto 1045 de 1978, lo cual evidencia una clara violación al principio de la progresividad.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que la Constitución Política prescribe en el inciso 12 del artículo 48 que: "*para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones*", el artículo acusado se torna regresivo, en la medida que al definir los factores que conformarán el salario base sobre el cual los empleados públicos deben hacer los aportes para seguridad social, solo incluye algunos de los emolumentos que habitualmente se reciben en el sector público, hecho que conlleva a que al pensionarse los empleados públicos reciban una pensión tasada sobre una cantidad inferior de factores en comparación a los que solía devengar, desconociendo así el principio de progresividad.

Resulta claro entonces que la solicitud de nulidad aquí expuesta es coherente con la posición del Consejo de Estado, según la cual los listados contenidos en normas como la Ley 33 de 1985 o el Decreto 691 de 1994 son ENUNCIATIVOS y no enlistan de forma expresa y taxativa los factores que se deben utilizar para aportar y liquidar las pensiones; de entender que dichos listados son taxativos traería como consecuencia, según el propio 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 manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones*". (Las subrayas corresponden a la transcripción de una aparte de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010)

Por lo aquí expuesto, es claro que la petición de nulidad solicitada es coherente con lo afirmado por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 donde concluyó que: “el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.” (Las subrayas corresponden a transcripción de una aparte de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010)

2. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD (Artículo 53, Constitución Política) RESPECTO DEL CONCEPTO DE SALARIO (Artículo 1 del Convenio 95 de 1949 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962:

De la misma forma, en concordancia con la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, el artículo demandado vulnera el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales. (Las subrayas corresponden a transcripción de una aparte de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010)

Esta acusación, está basada en la conclusión del Consejo de Estado, según la cual la liquidación de las pensiones deben someterse al concepto o significado de “salario” por encima de las definiciones legales de factores válidos para aportar y liquidar las pensiones. Así, en la medida en que el listado contenido en el artículo

6º del Decreto 691 de 1994 debe entenderse como enunciativo y no taxativo, se puede concluir lógicamente que allí se están excluyendo de manera injustificada otros factores que deben ser utilizados para liquidar los aportes para pensión y que en consecuencia deben ser utilizados para liquidar dicha prestación.

En este punto es indispensable tener presente la conclusión del Consejo de Estado en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (Radicado Interno 0112-2009) en la que concluye lo siguiente:

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

Con esta transcripción se pretende evidenciar que el Consejo de Estado, con su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, introdujo dentro del sector público la aplicación del concepto tradicional del derecho laboral según el cual todo ingreso que perciba el trabajador es salario, independiente del nombre que se le dé, en una clara aplicación de lo dispuesto por el artículo 1º del Convenio 95 de 1949 de la OIT, aprobado por Colombia a través de la Ley 54 de 1962. Al respecto, se debe precisar que esta incorporación conceptual hecha por el Consejo de Estado elimina, o por lo menos cuestiona, la competencia

constitucional del Congreso de la República respecto de reglar el tema salarial y prestacional dentro del sector público.

En consecuencia, sería claro que no existe ninguna justificación para que el Consejo de Estado no aplique la misma teoría propuesta en su sentencia de unificación para resolver la presente demanda, declarando nula la norma acusada.

3. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL (Artículo 53 constitucional)

El Consejo de Estado, a través de su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, concluyó que la forma correcta de interpretar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, es asumir que el listado de factores allí descrito no es taxativo sino que es enunciativo, siendo lógico entender que cualquier otro listado similar, como el contenido en el artículo 6º del decreto 691 de 1994 aquí demandado, resulta ilegal por ser igualmente restrictivo.

Sin embargo, en gracia de discusión y siguiendo el mismo ejercicio propuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación ya mencionada, sí se llegara a considerar que el listado contenido en el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 es legal y constitucional cuando limita los factores sobre los cuales se deben efectuar aportes y liquidar las pensiones, nos encontraríamos ante dos posibles interpretaciones de la norma, ambigüedad interpretativa que tendría que resolverse acudiendo al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que forzosamente debe darse, según el precedente jurisprudencial del mismo Consejo de Estado, es que el artículo acusado debe declararse nulo para efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, bajo el entendido que la norma en estudio no puede enlistar

en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que debe desaparecer del espectro jurídico para permitir la inclusión de todos aquellos factores salariales que sean devengados por el trabajador.

Todo lo anterior, aceptando el riesgo de que el Consejo de Estado termine suplantando al Congreso en su tarea de regular los salarios y prestaciones de los empleados públicos; sin embargo, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 destacó la obligación que tiene el Consejo de Estado de proteger el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades evitando que este tipo de normas tengan alcances restrictivos, así dicha obligación implique la invasión de las competencias propias de la rama legislativa.

4. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD (Artículo 13, Constitución Política):

Como se ha reiterado de manera insistente, la presente demanda tiene origen en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado (Radicado Interno 0112-2009), en la cual se concluyó que para “las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario”, observando que dicha conclusión no se limita a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, ya que la esencia de la decisión surge de los principios de progresividad, primacía de la realidad sobre la formalidad y favorabilidad, los cuales no pueden predicarse de aplicación exclusiva para los beneficiarios del régimen de transición sino que deben ser extensivos a todos los servidores públicos incorporados dentro del nuevo sistema pensional creado por la Ley 100 de 1993, es decir por todos los destinatarios del Decreto 691 de 1994.

Por lo anterior, es claro que de mantener la legalidad del artículo 6º demandado, el Consejo de Estado concluiría que los principios de progresividad, primacía de la realidad sobre la formalidad y favorabilidad, contenidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, al igual que el Convenio 95 de la OIT, no le son aplicables a los servidores públicos que no pertenecen al régimen de transición,

lo cual significaría un desconocimiento al derecho fundamental de la igualdad, por cuanto la tesis del Consejo de Estado no nace de los beneficios propios del régimen de transición sino en la noción de que todo lo que se considere salario debe ser factor para efectos pensionales, premisa que no puede excluir a ningún trabajador, independiente de su inclusión o no en el régimen de transición.

Al respecto, valga la pena resaltar la importancia que tiene esta demanda en relación con el derecho a la igualdad, ya que el fallo del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, que pretendió unificar su jurisprudencia en relación con los factores que deben componer la base de liquidación de las pensiones de todos los servidores públicos, dejó un amplio margen de decisión para los jueces, en cuanto a decidir si factores que por su origen, por mandato expreso de la norma que los creó o por su naturaleza misma, son o no salariales. Como ejemplos se pueden citar las vacaciones, los quinquenios, primas y bonificaciones de origen extralegal (es decir creados por entes que no tenían competencia para ello) o que la misma norma que los creó dispuso que no tendrían carácter salarial y los compensatorios e indemnizaciones de vacaciones o prestaciones. Esta ambigüedad genera una gigante vulneración al derecho a la igualdad, pues es fácil encontrar fallos disímiles, en casos similares, donde unos jueces consideran que estos casos si pertenecen a al grupo de ingresos salariales y otros jueces desestiman dicha conclusión.

5. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL(Artículo 48, Constitución Política):

De mantenerse la vigencia del Artículo 6º del Decreto 691 de 1994 y de tener que coexistir con el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado propuesto en el fallo de unificación del 4 de agosto de 2010, se desequilibrará el sistema de seguridad social, ya que los aportes o cotizaciones a los tres subsistemas (salud, pensiones y riesgos) se continuarán haciendo sobre los factores taxativamente señalados en la norma demandada, a pesar de que las pensiones tendrán que

liquidarse con todos los factores devengados, así sobre muchos de ellos no se puedan aplicar aportes por no estar allí descritos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado siendo coherente con su decisión contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (Radicado Interno 0112-2009), debe declarar nulo el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, para que los empleadores del sector público efectúen cotizaciones sobre la totalidad de los valores que se puedan entender como salario y así evitar que en el futuro el país tenga que someterse a las consecuencia de fallos contradictorios, como los que ya ha evidenciado el Consejo de Estado, quien durante mucho tiempo aceptó que el listado del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 era taxativo, para ahora concluir que es enunciativo.

Finalmente se debe observar que el Consejo de Estado con esta decisión tiene en sus manos gran parte de la responsabilidad de mantener el régimen de prima media con prestación definida, el cual depende principalmente de la solidaridad intergeneracional, donde los actuales pensionados dependen de las cotizaciones de los afiliados actuales, modelo que no puede soportar las terribles inequidades generadas en fallos judiciales que privilegian de manera desproporcionada a los actuales pensionados a quienes se les están liquidando sus pensiones con más factores de los que por más de 25 años fueron utilizados para determinar los aportes que financiarían por lo menos parte de sus pensiones.

IV. PETICIÓN

Conforme a los cargos y argumentos expuestos en la presente demanda, solicito al Honorable Consejo de Estado declarar la nulidad total del artículo 6º del Decreto 691 de 1994, para lo cual debe tener presente que de no hacerlo dejará el país, especialmente a los empleadores del sector público, en un caos jurídico, ya que a partir del 2 de julio de 2012, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, tendrán que escoger entre respetar y aplicar el artículo demandado o acoger el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 (Radicado Interno 0112-2009).

Al respecto, valga la pena resaltar que dicha situación ya la están experimentando muchos servidores públicos quienes se deben debatir entre acoger el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, según el cual el listado contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 es enunciativo o siguiendo cumplimiento al mandato expreso del legislador contenido en el mismo artículo 3º de la Ley 33 de 1985, tal y como lo venían haciendo desde hace más de 25 años, con el aval del mismo Consejo de Estado, corporación que hasta hace muy poco aceptaba que el listado de factores allí contenido era taxativo, haciendo un giro radical en su posición jurisprudencial, sin justificar los cambios sociales y doctrinales que la llevaron a tal variación.

Igualmente, en el evento de acoger esta petición principal, debe el Consejo de Estado precisar cuál es el alcance y los límites del concepto salario dentro del sector público, para impedir ambigüedades y tener una mínima certeza de cuales factores deben considerarse efectivamente como salariales para efectos pensionales, evitando la incierta situación que actualmente reina en la jurisdicción contencioso administrativa, donde no falta verdaderamente una unificación respecto a factores tales como las vacaciones, los quinquenios y algunas bonificaciones de origen extralegal.

V. PETICIÓN SUBSIDIARIA

En el evento de que el honorable Consejo de Estado considere que debe declarar la legalidad y constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 691 de 1994, aquí demandado, es necesario que se pronuncie respecto al vacío jurídico que ha propiciado la decisión contenida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, respecto a la forma en que deben actuar los actuales empleadores de los servidores públicos que aun laboran y que son beneficiarios del régimen de transición, ya que por un lado un decreto expedido por el Gobierno dentro de las competencias legales, limita los factores que pueden ser objeto de aporte para pensión y de otro lado la jurisprudencia del

Consejo de Estado le ordena efectuar aporte y liquidar pensiones sobre otros factores.

Igualmente será necesario que el Consejo de Estado, de considerar que el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 es legal y constitucional, se pronuncie si la orden contenida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 de aplicar descuentos retroactivos para pensión sobre factores no contemplados por la Ley 33 de 1985 ni por el Decreto 691 de 1994, para los beneficiarios del régimen de transición, incluye también los subsistemas de salud y riesgos profesionales, teniendo en cuenta que por ley el ingreso base de cotización debe ser igual para los tres subsistemas que componen el sistema general de seguridad social y al cual se refiere de manera general el mencionado Decreto 691 de 1994.

VI. ANEXOS

Se adjuntan impresiones sencillas, entregada en la Imprenta Nacional, de las páginas de los respectivos diarios oficiales donde se publicaron tanto el Decreto 691 de 1994 original, donde está el artículo 6º aquí demandado, como el Decreto 1158 de 1994 que modificó el mismo artículo 6º demandado. De conformidad con las normas anti trámites y teniendo presente que son normas de carácter general, fueron entregadas sin ningún tipo de autenticación.

Bibliografía

Abramovich V. Courtis C. (2002), *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta.

Andersen A. (1997), *Diccionario Espasa de Economía y negocios*. Madrid. Espasa Calpe.

Enciclopedia Thema. (1999), 2ª ed. Bogotá, Prolibros.

Ámbito Jurídico, (2010, noviembre), “Base de liquidación pensional de los funcionarios incluye todos los factores salariales que retribuyen el servicio”, en *Ámbito Jurídico*, año XIII, núm. 310.

Afanador F. (1999), *El Sistema Pensional Colombiano*. 1ª ed. Bogotá, Legis.

Arenas, G. (2007), *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, 2ª ed. Bogotá, Legis.

Ayala U. (1992), *Introducción a la Seguridad Social y a los Seguros Sociales. Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia. (1946-1992)*, Bogotá, Universidad Nacional de CID.

Ballesteros C. (2011, mayo), “Efectos del Acto Legislativo número 1 de 2005 sobre el régimen de transición pensional y las convenciones colectivas de trabajo” en *Trabajo y Derecho, Asociación de abogados laboristas de trabajadores*, núm.47.

Bernal C. (2005), *El Derecho de los Derechos*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia.

Botero C. (2008), *Guía práctica del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos*.

Cortés O. *Derecho de la seguridad social*. 2a ed., Bogotá, Ediciones del Profesional.

Constitución Política, (2011), Bogotá, Temis.

Courtis C., (2006), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de los Derechos Sociales*. Corrientes. Editores del Puerto.

Cristancho J. (1990), *Las Prestaciones Sociales de Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales*, T. 1, Bogotá 1990, Ediciones del Profesional.

Cristancho A. y Cristancho J. (2006), *Nueva Reforma Pensional*. 1ª ed. Bogotá, Ediciones del Profesional.

Ferro y Montero. (2009). *Y de mi pensión ¿qué?* 1ª ed. Bogotá, Intermedio editores.

Franco J. (2012, enero), “Aplicación del régimen de transición de la Ley 100: ¿Interpretación o creación?” en *Ámbito Jurídico*, año XV, núm. 337, pp. 21.

Guerreo G. (2000), *Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo*, Bogotá. Leyer.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (1997), (Sentencia del 10 de abril, Exp. 12.031), M.P.: Díaz Bueno J.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (2002) (Concepto 1393 de 18 de julio, Exp 1393), M.P.: Rodríguez Arce F.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2003), (Sentencia del 13 de marzo, Exp. 4526-01), M.P.: Olaya Forero A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2008) (Sentencia del 3 de abril, Exp. 1239-07), M.P.: Gómez Aranguren G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 2533-07), M.P.: Gómez Aranguren G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 0112-08), M.P.: Alvarado Ardila V.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2010), (Salvamento de voto 4 de agosto, Exp. 0112-08), Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2011) (Sentencia del 6 de abril, Exp. 1095-07), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, (2012), (Sentencia del 26 de abril, Exp. 11001-03-15-000-2012-00137-00(AC)), M.P.: Alvarado Ardila V.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2000), (Sentencia del 10 de febrero, Exp. 16716), M.P.: Olaya Forero A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2000), (Sentencia del 21 de septiembre, Exp. 0470-08), M.P.: Pájaro Peñaranda N.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2003) (Sentencia del 13 de marzo, Exp. 4526-01), M.P.: Olaya Forero A.

Consejo de Estado, Sección 2º, Subsección A, (2003), (Sentencia del 30 de abril, Exp. 0581-02), M.P.: Lemos Bustamante J.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2003) (Sentencia del 29 de mayo, Exp. 4471-02), M.P.: Arango Mantilla A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2003), (Sentencia del 29 de mayo, Exp. 4471-02), M.P.: Arango Mantilla A.

Consejo de Estado, Sección 2º, Subsección A, (2006), (Sentencia del 30 de noviembre, Exp 2001-06)), M. P.: Olaya Forero A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2008), (Sentencia del 27 de marzo, Exp. 0099-07), M.P.: Vargas Rincón A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2008), (Sentencia del 21 de octubre, Exp 0500-08). M.P. Gómez Aranguren G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2010), (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 1020-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 18 de febrero, Exp. 0836-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 25 de marzo, Exp. 1415-07), M.P.: Vergara Quintero L.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010), (Sentencia del 8 de abril, Exp. 1593-08), M.P.: Gómez Aranguren G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, (2010) (Sentencia del 29 de abril, Exp. 1203-07), M.P.: Vergara Quintero L.

Colombia, Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A (2011), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 2784-08), M.P.: Vargas Rincón A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2000), (Sentencia del 30 de noviembre, Exp. 3055-04), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2000) (Sentencia del 31 de agosto, Exp. 16.717), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2006), (Sentencia del 16 de febrero, Exp. 1579-04), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2007) (Sentencia del 7 de junio, Exp. 5852-05), M.P.: Ordoñez Maldonado A.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2008), (Sentencia del 6 de agosto, Exp. 0640-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2008), (Sentencia del 6 de agosto, Exp. 0640-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009) (Sentencia del 5 de marzo, Exp. 1975-08), M.P.: Ramírez de Páez B.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2008), (Sentencia del 11 de noviembre, Exp. 0930-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009), (Sentencia del 6 de agosto, Exp. 0640-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009), (Sentencia del 11 de noviembre, Exp. 0930-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, (2009), (Sentencia del 11 de noviembre, Exp. 0930-08), M.P.: Arenas Monsalve G.

Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B (2010) (Sentencia del 22 de julio, Exp. 0240-09), M.P.: Arenas Monsalve G.

Corte Constitucional, (1992), (Sentencia C-546 del 1º de octubre), M.P.: Angarita Barón C. y Martínez Caballero A.

Corte Constitucional, (1995), (Sentencia C-168 del 20 de abril), M.P. Gaviria Díaz C.

Corte Constitucional, (1996), (Sentencia C-279 del 24 de junio), M.P.: Palacios Mejía H. (Conjuez).

Corte Constitucional, (1996), (Sentencia C-710 del 9 de diciembre), M.P.: Arango Mejía J.

Corte Constitucional, (1997), (Sentencia C-596 del 20 de noviembre), M.P. Naranjo Mesa V..

Corte Constitucional, (1997), (Sentencia C-598 del 20 de noviembre), M.P.: Martínez Caballero A.

Corte Constitucional, (2002), (Sentencia T-235 del 4 de abril), M.P.: Monroy Cabra M.

Corte Constitucional, (2002), (Sentencia C-789 del 24 de septiembre), M.P.: Escobar Gil R.

Corte Constitucional, (2002), (Sentencia C-1027 del 27 de noviembre), M.P.: Vargas Hernández C.

Corte Constitucional, (2003), (Sentencia T-923 del 9 de octubre), M.P.: Montealegre Lynett E.

Corte Constitucional, (2003), (Sentencia C-1037 del 5 de noviembre), M.P.: Araujo Rentería J.

Corte Constitucional, (2004), (Sentencia C-038 del 27 de enero), M.P.: Montealegre Lynnet E.

Corte Constitucional, (2004), (Sentencia C-1024 del 20 de octubre), M.P.: Escobar Gil R.

Corte Constitucional, (2005), (Sentencia C-734 del 14 de julio) M.P. Escobar Gil R.

Corte Constitucional, (2006), (Sentencia T-158 del 2 de marzo), M.P.: Sierra Porto H.

Corte Constitucional, (2007), (Sentencia T-445 del 30 de mayo) M.P.: Cepeda M., entre otras.

Corte Constitucional, (2007), (Sentencia T-818 del 4 de octubre), M.P.: Araujo Rentería J.

Colombia, Corte Constitucional, (2008), (Sentencia C-335 del 6 de abril) M.P.: Sierra Porto H.

Corte Constitucional, (2008), (Sentencia C-336 del 16 de abril) M.P. Vargas Hernández C.

Corte Constitucional, (2008), (Sentencia T-1225 del 5 de diciembre) M.P.: Cepeda Espinosa M.

Corte Constitucional, (2010), (Sentencia T-051 del 2 de febrero de 2010) M.P.: González Cuervo M.

Corte Constitucional, (2010), (Sentencia T-439 del 6 de abril) M.P.: Pretelt Chaljub J.

Corte Constitucional, (2010), (Sentencia SU-062 del 3 de febrero), M.P.: Sierra Porto H.

Corte Constitucional, (2011), (Sentencia C-539 del 6 de julio) M.P.: Vargas Silva L.

Corte Constitucional, (2011), (Sentencia C-816 del 1º de noviembre) M.P.: Gonzales Cuervo M.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2004), (Sentencia del 4 de agosto, Exp. 22477), M.P.: Nader C. y Osorio López L.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2005), (Sentencia del 19 de mayo, Exp. 23120), M.P.: Tarquino Gallego C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2005), (Sentencia del 19 de mayo, Exp. 23120), M.P.: Tarquino Gallego C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2007), (Sentencia del 14 de febrero, Exp. 26073), M.P.: Ricaurte Gómez F.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2009), (Sentencia del 9 de junio, Exp. 36462), M.P.: Vargas Díaz I.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2009), (Sentencia del 16 de diciembre, Exp. 34863), M.P.: Gnecco Mendoza G.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, (2012), Documento Conpes 156

Dueñas O. (2003). *Las Pensiones. Teoría, normas y Jurisprudencia*. 2ª ED., Bogotá Ediciones del Profesional.

Ministerio de la Protección Social (2009), (Oficio 12310-367914 del 23 de noviembre), Bogotá

Montenegro A. (2011, 1º de mayo). “Privilegiados”, en *El Espectador*. Bogotá.

Obando J., (2005), *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*, 2ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley.

Organización Internacional del Trabajo, OIT, Convenio 95, sobre la Protección del Trabajo, adoptado el 1º de julio de 1949, vigente desde el 24 de septiembre de 1952 y aprobado en Colombia por medio de la Ley 54 de 1962

Patiño C. (1989), *Las pensiones en el Sector Oficial, Recopilación Normativa* 2ª ed. Bogotá, Dike.

Rengifo J (1989), *La Seguridad Social en Colombia* 3ª ed, Bogotá, Temis

Rodríguez R. (1999). *La Seguridad social en Colombia*. Bogotá, Legis.

Superintendencia Financiera de Colombia (2010), “Circular No 06 por la cual se divulga la rentabilidad a utilizar en el traslado de recursos del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.” Bogotá.

Revista Semana, (2010, 2 de octubre), [En línea], “Que alcahuetería”, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/alcahueteria/165106-3.aspx>

Revista Semana, (2010, 3 de julio), núm. 1470 [En línea], “Fin a telaraña pensional”, disponible en: <http://www.semana.com/economia/fin-telarana-pensional/141199-3.aspx>

Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, No. 108 – Dic. 2004, “Tipología de nuestras sentencias Constitucionales.”

Tamayo J. y Jaramillo C. (2012). *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la Jurisprudencia*. 1ª ed. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Grupo Editorial Ibañez.

Torres H., (2002), *Sistema de Seguridad Social, Pensiones, Legislación y Jurisprudencia*. 2º ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Universidad Externado de Colombia. (2009), *Normas Internacionales del Trabajo. Doctrina y Jurisprudencia Constitucional*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado.

Valencia D. (2011, 20 de marzo), "Inequidades del sistema de pensiones", en *El Mundo*. Medellín

Valero J. (2009), *Los Derechos Adquiridos y la Condición más Favorable en el Derecho del Trabajo conforme a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá, Tesis Universidad Externado.

Vanegas A., (2007), *Diccionario Individual del Trabajo*, 1ª ed. Bogotá.

Villegas J., (2005), *Derecho Administrativo Laboral*. 7ª ed. Bogotá, Legis.