

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL DEL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993- Reglas y subreglas de determinación / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN APLICACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985 - Periodo de liquidación /

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial: “El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.(...)

NOTA DE RELATORÍA : La providencia contiene un análisis de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia que han fijado el alcance del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para efecto de determinar el ingreso base de liquidación pensional en el régimen de transición.

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL DEL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993- Factores / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD- Aplicación / PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD – Aplicación / PRINCIPIO DE EFICIENCIA- Aplicación / SISTEMA DE CONTRIBUCIÓN BIPARTITA / VIABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA.

La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.** A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección

Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

NOTA DE RELATORÍA : La Sala Plena del Consejo de Estado se aparta del carácter enunciativo de los factores a considerar para efecto de la liquidación del ingreso base de liquidación pensional en el régimen de transición , expuesto en la sentencia de unificación de Sala Plena de la Sección Segunda de 4 de agosto de 201, rad 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 243 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 17 / DECRETO 104 DE 1994 – ARTÍCULO 28 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 21 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 INCISO 3 / LEY 33 DE 1985 / ACTO LEGISLATIVO No. 1 DE 2005/ CONSTITUCIÓN POLÍTICA –ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 48

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 – Aplicación retrospectiva / PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación

La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que

defina la prosperidad o no de la causal invocada. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 83 / CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 237

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN¹

ASUNTO

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, decide en segunda instancia el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La demanda

2. La señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, a través de apoderado, acudió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Nariño y solicitó la nulidad de la Resolución No.

¹ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

UGM 053060 de julio 26 de 2012, mediante la cual CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN le negó reliquidación de su pensión de vejez. Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la demandada que, a partir del 1 de junio de 2006, le reliquide, ajuste y pague la pensión de vejez, actualizando el monto de la misma, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados al momento de adquisición del status, por ser beneficiaria del régimen de transición. Que tales valores sean actualizados de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor (IPC) certificados por el DANE y que se ordene dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA.

3. Que la señora Gladis Guerrero de Montenegro trabajó en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, como Auxiliar de Servicios Generales, por más de 24 años, hasta su retiro definitivo el 1 de agosto de 2009.

4. Indica que en el año 2006 adquirió el estatus de pensionada, razón por la cual, solicitó el reconocimiento de dicha prestación.

5. Explica que el 1º de noviembre de 2006, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, por medio de la Resolución No. 58686, reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia por vejez a favor de la actora en cuantía de \$554.300.00, liquidada con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario **promedio de los últimos 10 años**, entre el 1º de junio de 1996 y el 30 de mayo de 2006, conforme con el artículo 36 de la Ley 100/93 y la sentencia C-168 de 1995 de la Corte Constitucional, teniendo como factores la asignación básica y la bonificación por servicios prestados y, adicionalmente, para el año 1997, la bonificación por compensación, sin incluir otros ingresos, que constituían salario, como subsidio de alimentación, prima de riesgo, etc.

6. Que cuando la Caja incluyó a la demandante en nómina de pensionados no tuvo en cuenta que la mesada pensional debía ser reliquidada con los valores que ella estaba devengando y sobre los que se realizaron aportes.

7. Que en varias peticiones su apoderado **solicitó** a CAJANAL **la reliquidación** de su pensión con base en **todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios**.

8. Que CAJANAL, por Resolución No. UGM 053060 del 26 de julio de 2012, **negó la solicitud de reliquidación**, porque los factores sobre los cuales se solicitaba la reliquidación no estaban en el listado del Decreto 1158/94.

9. Invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la

Ley 50 de 1990; 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el 3 de la Ley 33 de 1985 y 279 de la Ley 100 de 1993.

10. El concepto de violación lo desarrolló a través del cargo de violación de normas superiores, así:

11. Explica que por muchos años no ha existido acuerdo sobre los factores salariales que deben formar parte del Ingreso Base de Liquidación; que los servidores judiciales han aplicado taxativamente el artículo 1 de la Ley 62 de 1995 (que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985) que dispone que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja y que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificaciones por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

12. Que por lo tanto se ha desconocido el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, que define el concepto de salario, y se ha excluido las primas de alimentación, vacaciones y navidad, los auxilios de transporte y movilidad, horas extras, sobresueldos y demás ingresos ordinarios del Ingreso Base de Liquidación, sin acudir al principio de favorabilidad, como lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

13. Concluye que todo ingreso que, de manera ordinaria, percibe el trabajador o empleado es salario y, por lo tanto, todos los factores salariales deben ser incluidos en el IBL de la pensión.

La contestación de la demanda

14. **CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora y propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, prescripción y las que el juez encuentre probadas de manera oficiosa. Explicó que la actora adquirió el estatus de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y está incurso en el régimen de transición, por lo tanto, se le aplican las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

15. Que los beneficiarios del régimen de transición pensional a quienes se les aplica el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, que para el caso de los servidores públicos, corresponde a la Ley 33 de 1985, se rigen por lo siguiente:

Edad de pensión: 55 años para hombres y 50 para mujeres

Tiempo de servicios: 20 años

Monto: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC según certificación que expida el DANE.

16. Que en el caso de la actora la liquidación se hizo teniendo en cuenta el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

17. Señaló que no es procedente que se tomen factores salariales diferentes a los reconocidos en la Resolución No. 58686 del 1 de noviembre de 2006, pues sobre los reclamados no se realizaron los aportes correspondientes, de acuerdo con el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

18. Adujo que si bien es cierto la demandante se encontraba amparada por un régimen diferente, que regía antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que dicha normativa no hace referencia a los factores salariales ni a la forma de liquidación.

19. Además, que el artículo 1º del Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció la incorporación de los servidores públicos al nuevo sistema general de pensiones, lo que significaba tener el ingreso base de cotización para el nuevo sistema y que a la postre se tradujo en la expedición del Decreto 1158 de 1994. Agrega que el mismo artículo 5 de la Ley 797 de 2003 establece que en todo caso el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa proporcional al monto de la pensión.

20. En atención a ello, los factores que se tuvieron en cuenta para el caso de la demandante fueron (i) la asignación básica; (ii) la bonificación por servicios prestados y (iii) la bonificación por compensación; sin que pueda incluirse la prima de riesgo, por no constituir factor salarial.

21. Señaló que no procede la indexación por cuanto la actualización de acuerdo a la variación del IPC anual, se ha venido realizando de forma consecutiva año por año y de manera oficiosa por la entidad. Que tampoco proceden intereses moratorios, porque el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 los prevé solo en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales y no para el reconocimiento pensional.

22. Propuso las excepciones de (i) **cobro de lo no debido**, porque si eventualmente se ordenara la reliquidación de la pensión de la actora, le correspondería asumirla al DAS en Liquidación, que fue su empleador; y (ii) **prescripción**, pues conforme al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y la jurisprudencia están prescritas todas las obligaciones pensionales, reliquidaciones, reajustes pensionales, intereses corrientes y/o moratorios e indexación que se hubieren causado con anterioridad a los tres años contados a partir de la última petición.

23. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP² se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Para la entidad, la liquidación de la pensión debe hacerse conforme a los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores de salario enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

La audiencia inicial

24. El 21 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Nariño celebró la audiencia inicial en la que resolvió (i) que la excepción de prescripción de las mesadas pensionales se decidiría tomaría en caso de que las pretensiones de la demanda prosperaran; (ii) se fijó el litigio; (iii) se declaró fracasada la etapa conciliatoria; (iv) se tuvieron como pruebas las aportadas por las partes; y (v) se corrió traslado para alegar de conclusión.

La sentencia apelada

25. El 5 de julio de 2013 el Tribunal Administrativo de Nariño accedió parcialmente a las pretensiones de la actora, así: (i) declaró parcialmente probadas las excepciones de cobro de lo no debido y presunción parcial de legalidad de los actos administrativos demandados; (ii) declaró la nulidad parcial de la Resolución No. UGM 053060 del 26 de julio de 2012, frente a la decisión de no tener en cuenta los factores sobre los cuales efectivamente realizó aportes para la pensión de jubilación devengados por la demandante durante el último año de servicios; (iii) ordenó a la UGPP que efectuara la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, con el 75% del promedio salarial del último año de servicios, esto es, desde julio del 2008 a julio del 2009, teniendo en cuenta todos los factores sobre los cuales la demandante cotizó o realizó aportes; (iv) condenó a la UGPP a pagar la diferencia de las mesadas pensionales que resulten a favor de la actora; (v) declaró no probada la prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante; (vi) condenó a la UGPP a actualizar los valores en los términos del artículo 187 del CPACA, teniendo en cuenta la fecha de causación y su pago efectivo; (vii) denegó las demás pretensiones de la demanda; (viii) condenó en costas a la demandante en un 10%

² De acuerdo con la Ley 1151 de 2007 la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales se encargará de administrar los derechos pensionales ya causados y reconocidos del Régimen de Prima Media público del orden nacional, y de modernizar el manejo de los archivos, los sistemas de información y la defensa judicial.

y a favor de la UGPP; y (ix) tuvo por configurada la sucesión procesal de CAJANAL por la UGPP.

26. El Tribunal consideró que en la base de liquidación de la pensión de la actora deben tenerse en cuenta solo aquellos factores sobre los cuales realizó aportes al Sistema de Seguridad Social, en aplicación de la sentencia C-258 de 2013, y no todos los devengados por la accionante durante el año en el cual adquirió el estatus de pensionado, como fueron: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima especial de riesgo, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad, pues sobre ellos no hubo prueba de su cotización.

27. La pensión debe liquidarse sobre el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, según lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; es decir, en el caso concreto, desde julio de 2008 a julio de 2009, fecha en la cual se hizo efectivo el retiro del servicio.

28. El Tribunal estableció que era más favorable para la demandante aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985 frente a la Ley 100 de 1993, a partir de la comparación matemática que efectuó entre el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios y el promedio de lo devengado durante el último año de servicio (julio de 2008 a julio de 2009), teniendo en cuenta para ello el salario mensual y la bonificación por servicios prestados.

Los recursos de apelación

29. La **parte actora** solicita que en la reliquidación pensional se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de acuerdo con el precedente del 4 de agosto de 2010. Argumenta que en el presente caso no procede la aplicación del precedente constitucional fijado en sentencia C-258/13, por cuanto la pensión de la demandante no alcanza los dos salarios mínimos mensuales vigentes. La sentencia no puede extenderse a casos distintos a los regímenes de privilegio previstos en la norma declarada inexequible.

30. La **UGPP** solicita que se revoque la sentencia apelada, por cuanto no está de acuerdo con la fecha que se aplicó para efectuar la reliquidación pensional de la demandante. En la sentencia se tomó como último año de servicios el período comprendido entre julio de 2008 a julio de 2009 y en la demanda la solicitud hace referencia a una fecha distinta, 1 de junio de 2006. Considera que el fallo debe revocarse por violación al principio de congruencia.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

31. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicita que se revoque parcialmente la sentencia apelada, porque considera que incurrió en varios errores graves, entre ellos, “el desconocimiento del precedente constitucional vinculante, la afectación de derechos fundamentales de la entidad demandante (sic), el desconocimiento de principios constitucionales aplicables al sistema general de pensiones y la afectación de la seguridad jurídica y el patrimonio público del Estado”.

32. Dice que se aplicó a medias y a conveniencia el precedente constitucional vinculante de la Corte Constitucional en cuanto a la exclusión del IBL del régimen de transición fijado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

33. Que hubo un grave error en la aplicación del principio de favorabilidad, porque se apartó de las reglas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y creó “de facto” una nueva “regla”, “según la cual todos los jueces son, en últimas, libres de decidir si aplican o no lo previsto en la regulación vigente sobre el régimen de transición; no obstante, dicho régimen no prevé ninguna situación que justifique la aplicación de la favorabilidad como criterio hermenéutico válido.

34. La interpretación del régimen de transición no es incierta: (i) el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es claro en establecer quiénes pueden acceder al mismo y las condiciones como acceden; y (ii) el precedente constitucional vinculante se ha encargado de dar un altísimo grado de certeza a la interpretación y aplicación del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

Competencia

35. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para proferir esta sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en los artículos 111.3 y 271 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 150 ibídem.

36. Mediante auto de 29 de agosto de 2017 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo avocó el conocimiento de este asunto para proferir sentencia de unificación sobre los siguientes aspectos:

37. A partir de los distintos criterios interpretativos sobre el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dentro del régimen de transición, la Sala definió como tema a unificar “si el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica al régimen de

transición”. De este análisis se desprenden los siguientes subtemas a definir:

“(i) **Período de liquidación del IBL:** si se toma el último año de servicios, conforme al inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o durante los últimos diez años de servicios o lo que le faltare para pensionarse, si fueren menos de 10 años, conforme el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) **Factores para establecer el IBL:** si se deben incluir todos los factores que constituyen salario o solo los descritos en el Decreto 1158 de 1994; también si se deben incluir solo aquellos sobre los cuales se cotizó o realizó aportes al Sistema o sobre los devengados. En este subtema, se establecerá si los aportes [sobre los cuales el afiliado no realizó las cotizaciones, pero se tienen en cuenta en la base de liquidación, y para efectos de la respectiva compensación] deben ser indexados o con cálculo actuarial”.

38. La necesidad de definir estos temas surge a partir de algunas decisiones que, en sede ordinaria y de tutela, han desconocido el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación, no solo en jurisprudencia reiterada y constante de los últimos años, sino en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda, a propósito de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sobre el problema interpretativo en materia de aplicación integral de los regímenes pensionales, a partir de las reglas de la transición sobre las condiciones del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen general de la Ley 33 de 1985.

39. Con este propósito, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primer lugar, presentará el caso concreto, del cual señalará el problema jurídico y las diferentes interpretaciones frente a la liquidación de la pensión de la actora. A partir de ello, abordará el estudio del régimen de transición pensional, los diversos pronunciamientos sobre el tema por parte de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, para, finalmente, fijar la tesis que responda al interrogante planteado al inicio de estas consideraciones.

Presentación del caso y problema jurídico

40. La señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro se vinculó al Departamento Administrativo de Seguridad DAS el 3 de diciembre de 1985 en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales (aseadora) de la planta de oficinas seccionales y puestos operativos, hasta el 1 de agosto de 2009, que fue retirada el servicio mediante Resolución No. 0872 de 23 de julio de 2009³.

³ Folio 18

41. El 23 de junio de 2006 la actora presentó, ante CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN, solicitud de pensión vitalicia por vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución 58686 del 25 de octubre de 2006, en cuantía de \$554.300.56, efectiva a partir del 1 de junio de 2006⁴. La peticionaria debía demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión. El reconocimiento tuvo como fundamento la “Ley 100/93, art. 36; Decreto 1158/94 art. 1; Decreto 01/84, Ley 33/85 art. 1 parágrafo 2 inc. 1”.

42. El 5 de marzo de 2010, la señora Gladis Guerrero de Montenegro solicitó reliquidación de la pensión, para que se incluyeran como factores en su liquidación pensional los devengados en el último año de servicios⁵. La anterior solicitud fue reiterada mediante escritos de fechas 16 de agosto de 2011⁶ y 15 de junio de 2012⁷. En el escrito del 16 de agosto de 2011 la peticionaria solicitó que se aplique la interpretación más favorable a su situación pensional en relación con los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación.

43. Mediante Resolución UGM 053060 de 26 de julio de 2012, el Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, E.I.C.E., En Liquidación, negó la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez de la actora, porque, de acuerdo con la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el derecho pensional se adquiere con los siguientes requisitos:

- Edad de pensión: 55 años para hombres y mujeres
- Tiempo de servicios: 20 años
- Monto: 75%
- Ingreso Base de Liquidación: Artículo 18 de la Ley 100 de 1993⁸
- Con los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994⁹.

44. Inconforme con esta decisión, la actora acudió a la jurisdicción en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como quedó precisado en los antecedentes.

45. De acuerdo con lo anterior, los problemas jurídicos en el presente caso se plantean en los siguientes términos:

(i) ¿Para la reliquidación de la pensión de la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, por ser beneficiaria del régimen de transición, debe aplicarse el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985?

⁴ Folios 116 y siguientes

⁵ Folios 136 a 141

⁶ Folios 168 a 181

⁷ Folio 12

⁸ El IBL está previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y no en el artículo 18 como erróneamente lo señala el acto demandado.

⁹ Folios 13-14

(ii) ¿Si en la base de la reliquidación pensional deben incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que realizó aportes?

46. La Sala anticipa que la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, al primero de abril de 1994, contaba con más de 35 años y se encontraba afiliada y cotizando bajo el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985¹⁰, es decir, no se discute que era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones

47. Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el legislador fijó requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación, entre otras disposiciones, en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990 Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

48. Con la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Pensiones para todos los habitantes del territorio nacional con el fin de garantizar, con amplia cobertura, a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte¹¹. Con dicha implementación el legislador quiso proteger a dos grandes grupos de personas que se encontraban bajo regímenes pensionales anteriores, regímenes que quedarían insubsistentes ante la entrada en vigencia del nuevo sistema¹².

49. El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos **derechos, garantías o beneficios adquiridos** y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general (artículo 11).

50. El segundo grupo de personas, al que quiso proteger el legislador, fue a aquel que estaba **próximo a adquirir el derecho a la pensión** conforme a las disposiciones legales anteriores. Para este grupo, la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobijaba, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin que a medida que estas

¹⁰ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1933 de 1988 “Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”.

¹¹ La fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones fue el 1 de abril de 1994 para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha (Ley 100/93, art. 151).

¹² La **derogatoria orgánica** de una norma se encuentra prevista en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 que dice: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

51. Ciertamente, la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, estableció el **régimen de transición** como mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la vigencia normativa anterior, pero estaban próximos a cumplir los requisitos para ello, caso en el cual se les mantendrían algunos presupuestos para acceder a la pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

52. La Corte Constitucional, en sentencia C-540 de 2008, analizó la vigencia de la Ley 33 de 1985, regulatoria del régimen general de pensiones para servidores públicos, y consideró que esta “rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición [...]”¹³.

53. Como lo explica la Corte Constitucional, **la Ley 33 de 1985 “aún produce efectos jurídicos para el grupo poblacional cobijado por el régimen de transición [...]”** (resalta la Sala)¹⁴.

54. En efecto, la Ley 33 de 1985 aún produce efectos por virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

“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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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,

¹³ En este caso la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 33 de 1985, porque a juicio de las demandantes se violaba el artículo 13 constitucional al igualar la edad de jubilación de empleados y empleadas oficiales. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁴ Ídem.

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~~¹⁵.

55. El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se creó para proteger las expectativas legítimas que tenían los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por “los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con **35 años de edad o más si son mujeres**, o con **40 si son hombres**, o **15 años o más de servicios cotizados**”¹⁶. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición¹⁷.

56. En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

57. La Corte Constitucional, en sentencia C-168 de 1995, en control abstracto de constitucionalidad, declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo el aparte final del inciso tercero que fue declarado inexecutable¹⁸.

58. La declaratoria de exequibilidad se fundamentó en que los incisos segundo y tercero no violaban el artículo 53 de la Carta, porque el legislador al establecer las reglas de transición fijadas en ellos fue más allá de la protección de los derechos adquiridos, **salvaguardando las expectativas** de quienes estaban próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que mostraba “una plausible política social” que se adecuaba al artículo 25 constitucional, que garantiza una especial protección al trabajo.

59. Así mismo, la Corte consideró que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las condiciones señaladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, no es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la

¹⁵ Aparte declarado inexecutable en sentencia C-168 de 1995.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (C-540 de 2008).

¹⁸ La norma señalaba: “Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere 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”

exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente.

60. Para aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición y que consolidaran el derecho a la pensión bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte consideró que debía acudirse al principio de favorabilidad, que rige en materia laboral. Señaló “que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador”. Así lo explicó:

“[...] que la **"condición más beneficiosa"** para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla [...].

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”¹⁹.

61. De acuerdo con lo expuesto, la sentencia **C-168 de 1995** constituye un pronunciamiento jurisprudencial importante en materia de transición para precisar que algunos elementos del régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993 se extienden en el tiempo para aquellas personas que tienen una expectativa legítima de adquirir su pensión, eso sí con la opción de escoger la condición más beneficiosa para definir su derecho pensional, esto es, entre el régimen de transición y el régimen previsto en la Ley 100 de 1993.

62. Precisamente, sobre el principio de la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional, en sentencia **C-596 de 1997**, declaró exequible la expresión “*al cual se encuentren afiliados*” contenida en el **inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, que consideró que no era violatoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

63. La Corte, en la sentencia C-596 de 1997, al analizar el sentido y alcance de la norma demandada, sobre el régimen de transición precisó que “Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se

¹⁹ C-168 de 1995.

exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley. Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100”.

64. La Corte explicó que el beneficio estaba dado por la “**posibilidad de obtener la pensión**” **según los requisitos del régimen pensional anterior**, siempre y cuando estuvieran afiliados al mismo. Y al efecto consideró: “No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos [...] Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior”²⁰ (resalta la Sala).

65. Como corolario de lo anterior, es claro que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, al momento de consolidar su status pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y 34 en concordancia con el artículo 21 ibídem; el que le resulte más favorable.

El Ingreso base de Liquidación en el régimen de transición

66. La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

67. Lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, lo cierto es que el inciso 3 de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.

68. La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en

²⁰ Sentencia C-596 de 1997.

cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto **“monto”** señalado en el inciso 2 de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3 ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.

69. La tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado de aplicación inescindible del elemento **“monto”** para las pensiones reconocidas bajo los regímenes anteriores, tiene como explicación que la acepción de la palabra **“monto”** debe entenderse como 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 de 1993²¹. Ello en virtud del efecto útil de la última regla del inciso 2º, en la medida en que no existen condiciones y requisitos distintos para acceder al derecho a los ya señalados en la norma. El inciso 3º del artículo 36 prevé un **ingreso base** y una liquidación aritmética diferente a la que se deduce de la interpretación del inciso 2º, en la que del **“monto”** se infiere un **ingreso base** que se rige también conforme al ordenamiento jurídico anterior. A juicio de la Sección Segunda de la Corporación, la redacción contradictoria del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política se debe tener en cuenta la regla más favorable, o sea la prevista en el inciso 2º.

70. En otra oportunidad, la Sección Segunda consideró que **“Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se **afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva ley [...]** Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada ley, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la ley, [...] se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados”**²².

71. Estos argumentos han consolidado la postura de la Sección Segunda de la Corporación, según la cual la expresión **“monto”**, incluida por el legislador en el inciso segundo del citado artículo 36, necesariamente comprende el ingreso base de liquidación como uno de los elementos protegidos por el régimen de transición y, de esta manera, lo ha reiterado en varios pronunciamientos²³.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2000, Exp. 470-99.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 30 de noviembre de 2000. Radicación 2004-2000. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

²³ El mismo criterio ha sido reiterado por la Sección Segunda en numerosas providencias, dentro de las cuales se destacan las siguientes: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 23 de noviembre de 2000. Radicación 2936-1999. C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Radicación 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04). C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicación 15001-23-31-000-2003-02794-01(1564-06). C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Consejo de

72. Así mismo, la tesis de la aplicación del IBL del régimen general anterior de pensiones a los beneficiarios del régimen de transición fue sostenida por la Corte Constitucional en sede de tutela, como lo resumió la misma Corporación en sentencia SU-230 de 2015, al señalar: “Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya *ratio decidendi* precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

73. Ahora bien, la otra tesis consistente en que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse para establecer el monto pensional de las personas beneficiarias del régimen de transición fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que estudió la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, aplicable a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios²⁴.

74. En efecto, la Corte Constitucional, mediante **sentencia C-258 de 2013**, declaró inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto” y “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo. Y declaró executable, bajo condicionamiento, las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

75. La Corte fundamentó su decisión en que son evidentes las ventajas que se desprenden para los congresistas y demás altos funcionarios cobijados por dicha norma, lo que quebranta el **principio de igualdad**. La aplicación de la norma

Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Radicación 19001-23-31-000-2000-03034-01(2502-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicación 25000-23-25-000-2003-04619-01(4799-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 8 de agosto de 2011. Radicación 25000-23-25-000-2003-08611-01(0447-09). C.P. Alfonso Vargas Rincón. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2013. Radicación 25000-23-25-000-2010-00898-01(0112-12). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁴ “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, **durante el último año, y por todo concepto**, perciba el Congresista. **Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.**

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

conlleva a que estos servidores, que están mejor situados económicamente dentro de la población, son “favorecidos por ventajas también económicas de las que no gozan el resto de la población pensionada y que además suponen un alto subsidio con recursos públicos”, concediendo un “tratamiento diferenciado favorable en beneficio de un grupo que ya está en mejores condiciones que los demás grupos comparables. El tratamiento favorable se tradujo, en razón del derecho viviente, en que la brecha entre la pensión promedio y la pensión reconocida al amparo del artículo 17 fuera manifiestamente desproporcionada”.

76. La Corte también consideró transgredido, según el derecho viviente, el **principio de solidaridad**, pues con la aplicación del IBL del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se permitía que “los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida”.

77. En conclusión, la Corte retiró del ordenamiento jurídico el IBL del régimen especial de congresistas y demás servidores públicos a los que le era aplicable el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992, porque violaba los artículos 13 y 48 de la Carta. Ello conllevó a que se creara un vacío respecto de la regla del Ingreso Base de Liquidación que debía aplicarse para la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen especial del citado artículo 17. Para llenar este vacío, la Corte Constitucional consideró compatible la aplicación de la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario, se conduciría a “una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría entonces de forma absoluta el derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio”.

78. La justificación para acudir al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para efectos de liquidar la pensión en el régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, luego de considerar que las expresiones demandadas quebrantaban los principios constitucionales de igualdad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, fue la siguiente:

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

79. Esta sentencia C-258 de 2013, de conformidad con el artículo 243 de la Carta, hace tránsito a **cosa juzgada constitucional** con efectos erga omnes y es de obligatorio cumplimiento, lo que significa:

79.1.- Que las expresiones declaradas inexecutable del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 fueron retiradas del ordenamiento jurídico, por lo tanto, ningún intérprete judicial o administrativo puede aplicarlas para el reconocimiento y liquidación pensional de los beneficiarios de las pensiones de “**privilegio**” concedidas conforme al régimen allí previsto; ellos son: Congresistas, Magistrados de Altas Cortes (Art. 28 Decreto 104 de 1994) y otros Altos Funcionarios a los que resulta aplicable el citado artículo 17²⁵.

79.2.- El Ingreso Base de Liquidación, IBL, para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, mencionados en el numeral anterior, es el previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

79.3.- Para esta clase de servidores beneficiarios del régimen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el IBL no hace parte de la transición como la misma Corte Constitucional lo anunció en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013 al señalar:

“En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, además de declarar inexecutable la expresión “*durante el último año*” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la executable del resto del precepto será condicionadas a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

80. Además de estudiar el IBL en el régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 la Corte Constitucional, en la sentencia mencionada, se refirió a aquellas **pensiones adquiridas con abuso del derecho o fraude a la ley**, así:

“[...] Recuerda la Corte que, para ese menester se tendrá en cuenta, de manera preponderante, la dimensión objetiva de los conceptos del **abuso del derecho y fraude a la ley**, de manera que no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del **empleo de una interpretación de la ley que, a la luz de lo establecido en esta sentencia, resulta contrario a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva**

²⁵ Entre quienes se encuentran, el Procurador General de la Nación (Decreto 65 de 1998 Art. 25), el Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Contralor General, el Defensor del Pueblo, Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado (Art. 25 del decreto 682 del 10 de abril de 2002).

desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.

[...] Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación. Cabe señalar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral”.

81. Sobre las pensiones reconocidas con abuso del derecho o fraude a la ley, la Corte Constitucional aplicó la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013, entre otras, en las siguientes sentencias: (i) la **sentencia SU-427 de 2016**, para régimen prestacional de la Rama Judicial (**Decreto 546 de 1971**²⁶) en un caso de vinculación precaria de encargo (1 mes y 6 días) con lo cual se obtuvo un aumento desproporcionado de la prestación (de \$3.935.780 pesos m/cte. a \$14.140.249 pesos m/cte.); (ii) la **sentencia SU-210 de 2017** en la que se consideró que “Permitir que alguien se vea favorecido con las ventajas de un régimen pensional especial, como el de Congresistas, constituye un claro desconocimiento del principio de solidaridad al perpetuar exigencias y beneficios desproporcionados a personas que no tenían una *expectativa protegible* al 1° de abril de 1994”; y (iii) la **sentencia SU-631 de 2017**, sobre régimen de la Rama Judicial, caso que se trató de la obtención de una ventaja individual irrazonable, fundada en una vinculación precaria, entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo. En estos pronunciamientos determinó que el IBL para liquidar las pensiones reconocidas bajo la transición en los regímenes especiales era el previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 ibídem, según el caso.

82. Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.

83. La Corte Suprema de Justicia ha sido constante en señalar que el IBL para efectos de liquidar la pensión en el régimen de transición está regulado por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de

²⁶ “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

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

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

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado”²⁷.

84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el **último año de servicio**”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que 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. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

²⁷ Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de octubre de 2008. Radicación 33.343.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas²⁸.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

90. En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de

²⁸ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

1993²⁹, así:

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

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

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

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

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

²⁹ Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone 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.

94. La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su regimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁰. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

2. Pensiones:

[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año**. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...].”

³⁰ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...]”.

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

“[...] Párrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

1. 101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Solución del caso concreto

104. Según los antecedentes administrativos del acto administrativo demandado, la actora presentó los siguientes documentos ante la entidad:

- Registro civil de nacimiento en el que consta que la señora Gladis del Carmen Guerrero nació el 6 de agosto de 1948³¹.
- Certificación expedida el 5 de abril de 2006 por el subdirector de talento humano sobre el tiempo total de servicios: veinte (20) años, cuatro (04) meses, dos (02) días, desde el 85/12/03 al 06/04/05, sin interrupciones, en el cargo de Auxiliar de Servicios; tiempo durante el cual se efectuaron “los descuentos reglamentarios de afiliación y periódicas con destino a las respectivas cajas de previsión...”³².
- Certificación expedida por el pagador seccional del DAS, Nariño, que acredita las sumas devengadas durante el período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de mayo de 2006; periodo durante el cual “se le cancelaron los sueldos respectivos y se efectuaron los descuentos reglamentarios con destino a la Caja Nacional de Previsión Social”³³.

105. De acuerdo con lo probado en el expediente, la demandante continuó vinculada al servicio público con posterioridad a la fecha en que causó su derecho pensional reconocido mediante Resolución 58686 de 25/10/2006. El retiro definitivo del servicio se produjo a partir del 01 de agosto de 2009³⁴. Según el acto de reconocimiento, la entidad tuvo en cuenta las siguientes circunstancias:

- La peticionaria laboró un total de 7378 días, 1054 semanas (período comprendido desde 1985/12/03 hasta 2006/05/30).
- Nació el 6 de agosto de 1948 y a la fecha del reconocimiento tenía más de 57 años de edad.
- El último cargo desempeñado fue el de auxiliar de servicios 325-07 del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.
- Adquirió el estatus jurídico el 2 de diciembre de 2005.
- La liquidación se efectuó **con el 75% “del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de**

³¹ Folio 94

³² Folio 95

³³ Folios 96 a 112

³⁴ Folio 18

la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 01 de junio de 1996 y el 30 de mayo de 2006”.

- Los factores incluidos en la liquidación, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 fueron: Asignación básica y bonificación por servicios. Para el año 1997 se tuvo en cuenta la bonificación por compensación.

106. La señora Guerrero de Montenegro, en virtud del Decreto 691 de 1994, fue incorporada al Sistema General de Pensiones. A la fecha de entrada en vigencia del sistema³⁵, la demandante contaba con más de 45 años de edad y le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

107. Es indiscutible que la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, en cuanto a:

- La edad para consolidar el derecho: 55 años
- El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas: 20 años
- El monto: 75%

108. Para el cálculo del monto pensional, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

109. La aplicación del régimen de transición para la actora, conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que la liquidación de su pensión, efectuada por la entidad demandada, aplicando la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado en el párrafo anterior se ajustó a derecho; razón por la cual no procedía la reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

110. Para responder el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, la Sala establece que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como lo pretende la actora.

111. Bajo estas consideraciones se deben negar las pretensiones de la demanda, previa revocatoria de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad parcial del acto administrativo que negó la

³⁵ Para su caso, 1 de abril de 1994 de acuerdo con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

reliquidación de la pensión de la actora y ordenó a la UGPP efectuar dicha reliquidación con la inclusión de los factores salariales sobre los que realizó aportes durante el último año de servicios.

112. Teniendo en cuenta que esta providencia es una sentencia de unificación, la Sala a continuación fijará los efectos de la decisión como fuente de derecho.

Efectos de la presente decisión

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

³⁶ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo.

DECISIÓN

119. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño-Sala de Decisión Oral- el 5 de julio de 2013 en cuanto declaró la nulidad parcial de la Resolución UGM 053060 de 26 de junio de 2012 y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

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

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

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

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

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Cuarto: Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño - Sala de Decisión Oral- el 5 de julio de 2013. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Quinto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MILTON CHAVES GARCÍA

OSWALDO GIRALDO LOPEZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

**ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL INGRESO
BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN -
Aplicación del precedente de la Corte Constitucional**

[A]l unificar el criterio de la Corporación sobre la aplicación del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la liquidación de pensiones de vejez, el fallo, a diferencia del proyecto presentado originalmente, dijo seguir los parámetros señalados por la Corte Constitucional en control abstracto

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN

Comparto la decisión que se tomó en la providencia del 28 de agosto de 2018, pues al unificar el criterio de la Corporación sobre la aplicación del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la liquidación de pensiones de vejez, el fallo, a diferencia del proyecto presentado originalmente, dijo seguir los parámetros señalados por la Corte Constitucional en control abstracto.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

ACLARACIÓN DE VOTO / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Debe aplicarse ley 33 de 1985 cuando ello beneficie al interesado

En acatamiento del principio de favorabilidad establecido por el artículo 53 de la Carta Política, que consagra la aplicación de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, la providencia debió acotar que, en aquellos eventos en los que la Ley 33 fuere más favorable al interesado, ésta debía ser la normativa a emplear al momento de ser liquidada la respectiva prestación.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN³⁷

De manera respetuosa expongo las razones por las cuales, pese a que comparto la decisión de fondo proferida en este asunto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, estimo necesario aclarar mi voto en el siguiente sentido:

Se afirma en la sentencia que el Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para

³⁷ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general previsto en la Ley 33 de 1985 y que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Sin embargo, estimo pertinente indicar que en la providencia debió tenerse en cuenta lo siguiente:

Acorde con lo señalado por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*. (Se destaca)

Por su parte, el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone: *“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”*

Por consiguiente, en acatamiento del principio de favorabilidad establecido por el artículo 53 de la Carta Política, que consagra la aplicación de la *“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”*, la providencia debió acotar que, en aquellos eventos

en los que la Ley 33 fuere más favorable al interesado, ésta debía ser la normativa a emplear al momento de ser liquidada la respectiva prestación.

En estos términos dejo expuesto mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO / JERARQUÍA DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL – Frente a la interpretación de derechos fundamentales

Dentro de los beneficios de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se encuentra el Ingreso Base de Liquidación estatuido en los diferentes regímenes pensionales que precedieron a ese cuerpo normativo; o dicho de otro modo, en el caso particular, se debe aplicar la edad, el tiempo de servicios y el porcentaje de retorno establecido en la Ley 33 de 1985, pero con el promedio referido en el referido artículo que regula el Sistema General de Pensiones actual. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio, por el tiempo que les faltare para cumplirlos, o por todo, según el caso. Así las cosas, al ser esta una posición reciente y decantada de la Corte Constitucional y habida cuenta de la jerarquía de la sentencia de unificación frente a la interpretación de los derechos fundamentales invocados, considero que este es el precedente aplicable al asunto *sub judice* de ahora en adelante; mismo que, en definitiva fue el que quedó reflejado en el fallo frente al que aclaro mi voto, y que me permitió acompañarlo. En efecto, estimo que con la SU 395 de 2017 se implanta la posición consolidada de la Corte Constitucional en relación con la hermenéutica adecuada del régimen de transición y, como consecuencia, de los beneficios que este acarrea.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 241 / LEY 100 DE 1993 / LEY 33 DE 1985

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN³⁸

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en relación con la sentencia por medio de la cual la Sala unificó la jurisprudencia contenciosa en relación con la aplicación del IBL contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su integración con el artículo 21 de esa misma preceptiva.

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala mayoritaria y los fundamentos que la sostienen –en especial aquellos que tienen que ver con la necesidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y la existencia de reglas unívocas que permitan la aplicación uniforme del derecho-, considero necesario llamar la atención sobre un aspecto cardinal, relacionado con la forma en que la jurisprudencia constitucional irrumpe en el ámbito propio de lo contencioso administrativo a través de la teoría del precedente judicial, permitiéndole a la Corte Constitucional enfrentar sus posturas a la de este Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y apostarse, *a priori*, como una especie de juez ordinario final de todas las controversias judiciales

En tal sentido, me es imperioso rescatar el valor de la postura que hasta ahora reinaba en la Sección Segunda del Consejo de Estado, y que por medio del fallo de unificación dictado en el proceso de la referencia se deja atrás. Criterio que en mi opinión siempre estuvo resguardado por un irrefutable manto de razonabilidad, pues como bien quedó explicado en la providencia, era dable entender que el “monto”, al ser la unidad de medida y cuantificación del derecho pensional, tendría que regularse por las normas a las que se dio ultractividad en virtud del régimen de transición del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, sin que fuera descabellado incluir dentro de este ejercicio el “ingreso base de liquidación” como componente inherente al mismo.

A pesar de ello, la aplicación de esta postura en relación con todos los servidores públicos se vio enfrentada a la tesis defendida por la Corte Constitucional en la

³⁸ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

sentencia C-258 de 2013 para el caso de los Congresistas y otros altos dignatarios. Y no fue sino hasta la expedición de la sentencia SU-395 de 2017, que verdaderamente erigió un precedente jurisprudencial que permitiera, de forma más universal para el grueso de servidores públicos –en general regidos por la Ley 33 de 1985–, dirimir el debate jurídico surgido en torno a la aplicación del Ingreso Base de Liquidación dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que, el Alto Tribunal Constitucional no se había pronunciado de manera expresa respecto del alcance y entendimiento de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, pues todas las consideraciones expuestas, en este sentido, en fallos previos de tutela revestían el carácter de “*obiter dicta*”, que no disponían de efectos vinculantes para la decisión de casos futuros.

Así, cuando en la sentencia C-258 de 2013³⁹ se fijó el alcance del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se estudió un caso particular y específico –régimen pensional de los Congresistas– por lo que mal podía reconocérsele consecuencias generales.

A decir verdad, como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 230 de 2015, para ese momento no se había establecido a través de un fallo de constitucionalidad el entendimiento adecuado de las disposiciones normativas que al interior de la Ley 100 de 1993, regulaban el régimen de transición y los beneficios que este comporta.

Ello no ocurrió con la expedición de la sentencia C-258 de 2013, toda vez que la inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1993, en aquel momento, se fundó en el desconocimiento de los mandatos del principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la C.P.

Al respecto, el alto Tribunal manifestó:

“Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:

“ En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexecutable la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexecutable el artículo 4º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos

³⁹ M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

pensionales que no estén regulados por ése artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013”.

Por lo anterior, los pronunciamientos que la Corte Constitucional había efectuado en relación con los presupuestos del régimen de transición debían ser entendidos como “*dichos de pasos*”, hasta tanto ese Tribunal no determinara el alcance de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en el contexto del control abstracto de constitucionalidad.

El panorama hasta ahora descrito caracterizó el debate jurisprudencial con anterioridad a la expedición de la **SU-395 de 2017**. Sin embargo, la publicación de esta providencia conllevó un cambio en la materia, lo que supone una alteración en la tesis jurisprudencial que prohijé y que me permitía acompañar la postura defendida en su momento por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En esa reciente sentencia publicada en la página web de dicha Corporación hasta el pasado **6 de febrero de 2018**, la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideró:

“8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que *“lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones”*.

8.19. Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁴⁰ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴¹. Es por estos motivos que el propio constituyente

⁴⁰ «Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013».

⁴¹ «En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer

derivado reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo⁴².⁴³

En contraste con la postura que venía sosteniendo la suscrita, se colige del aparte transcrito que dentro de los beneficios de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se encuentra el Ingreso Base de Liquidación estatuido en los diferentes regímenes pensionales que precedieron a ese cuerpo normativo; o dicho de otro modo, en el caso particular, se debe aplicar la edad, el tiempo de servicios y el porcentaje de retorno establecido en la Ley 33 de 1985, pero con el promedio referido en el referido artículo que regula el Sistema General de Pensiones actual.

En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio, por el tiempo que les faltare para cumplirlos, o por todo, según el caso.

Así las cosas, al ser esta una posición reciente y decantada de la Corte Constitucional y habida cuenta de la jerarquía de la sentencia de unificación frente a la interpretación de los derechos fundamentales invocados, considero que este es el precedente aplicable al asunto *sub judice* de ahora en adelante; mismo que, en definitiva fue el que quedó reflejado en el fallo frente al que aclaro mi voto, y que me permitió acompañarlo.

En efecto, estimo que con la SU 395 de 2017 se implanta la posición consolidada de la Corte Constitucional en relación con la hermenéutica adecuada del régimen de transición y, como consecuencia, de los beneficios que este acarrea.

Con todo, advierto que la aplicación del precedente en este asunto, por más que se atienda por razones de igualdad, seguridad jurídica y coherencia del orden jurídico, no se puede entender como la variación de las fuentes del derecho, sino que sigue siendo un criterio auxiliar al que puede acudir el operador jurídico dando prevalencia a la ley (art. 230 C. P.).

No sobra recordar que el precedente es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirven de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y

modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002».

⁴² «Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”»

⁴³ Cursiva del original.

respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye el elemento que determina la sub regla a aplicar⁴⁴.

Precisado ello, considero imperioso advertir que su aplicación respecto de las decisiones y precedentes contenidos en los fallos de control abstracto de constitucionalidad que emite esa alta Corporación –que responden a la tipología de sentencias “C”–, resulta inexorable, pues, “...*tratándose de sentencias de constitucionalidad, el mandato contenido en estas se sustrae de cualquier tipo de situación jurídica que pretenda limitarlo. Cuando este órgano se pronuncia sobre la exequibilidad de una norma, las precisiones decantadas sobre ella y su estatus dentro del ordenamiento jurídico quedan imbuidos de la interpretación y de la decisión que al respecto adopte...*”⁴⁵.

De ahí que, en cuanto concierne a este tipo de providencias, “...*su acatamiento se entiende como un mandato imperativo, que no necesita una vía específica para su materialización...*”⁴⁶, en tanto lo que se acata es la ley (o norma jurídica respectiva) con la regla de exequibilidad, inexecutable o condicionalidad que a ella se integra. Lo anterior, sin perjuicio de que un poderoso cambio de circunstancias fácticas y jurídicas permitiera entender que la subregla decantada en uno de tales fallos no se adecúa a las nuevas realidades.

No ocurre lo mismo con las sentencias que se profieren en ejercicio del control concreto de constitucionalidad que realiza por vía de la revisión eventual de las acciones de tutela, y que se reflejan en los denominados fallos tipo “T” y “SU”, pues en esos casos el reconocimiento de un determinado precedente jurisprudencial tiene como propósito dar coherencia al orden jurídico y resguardar caros principios de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, sin los cuales sería insostenible el Estado Social de Derecho.

De esta manera y aunque acato la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, habida cuenta de la preponderancia de sus sentencias de constitucionalidad y unificación en el sistema jurídico colombiano, que se decanta de su función de guardiana e interprete legítima de la Carta Política de 1991 –art. 241 Superior–, me es ineludible expresar que no es la que venía defendiendo antaño, correspondiente a la prohijada por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación, según la cual el Ingreso Base de Liquidación hace parte de los beneficios de la transición pensional establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Esto me lleva, al mismo tiempo, a plantear la reflexión en torno al valor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la del Consejo de Estado, comoquiera que, más allá de que aquella resolvió este planteamiento en su favor en las sentencias C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012, esto no es algo que deba tomarse con ligereza, pues con tal proceder se desconocería el rol de

⁴⁴ C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia de 5 de febrero de 2015, rad. 11001-03-15-000-2014-01312-01 (AC), actores: FIDEL DE JESUS LAVERDE Y OTRA.

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Ibídem.

Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que el Constituyente (art. 237.1 C.P.) le asignó la Corporación.

Es indudable que este tipo de escenarios conducen indefectiblemente a que la Corte Constitucional se yerga en el juez ordinario final de todas las controversias judiciales en Colombia, incluidas las que, de suyo, competen al Consejo de Estado, razón por la cual se hace necesaria la búsqueda de un componente armonizador del derecho, que evite el llamado “choque de trenes” entre las dos altas Cortes o que, por lo menos, conduzca al replanteamiento de los mecanismos por medio de los cuales es conocida y resuelta por la Gardiana de la Constitución una acción de tutela incoada en contra de una providencia judicial dictada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y más aún si ha sido signada por el pleno de sus miembros.

En los anteriores términos dejo presentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

**ALARACIÓN DE VOTO / INSTRUMENTOS INTERNACIONALES,
UNIVERSALES Y REGIONALES APLICABLES AL ESTADO COLOMBIANO –
Tienen por objeto la protección del derecho a la seguridad social**

La sentencia de la referencia debió incorporar instrumentos internacionales, universales y regionales, aplicables al Estado Colombiano, que tienen por objeto la protección del derecho a la seguridad social.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 93

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN

LIQUIDACIÓN⁴⁷

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el asunto de la referencia, manifiesto que aunque comparto la decisión adoptada en la sentencia proferida el 28 de agosto de 2018, aclaro mi voto en los siguientes términos:

1. La sentencia de la referencia debió incorporar instrumentos internacionales, universales y regionales, aplicables al Estado Colombiano, que tienen por objeto la protección del derecho a la seguridad social.

2. Dejando expresa constancia que el suscrito Magistrado no está de acuerdo con reconocimientos pensionales que se realizaron en fraude a la ley o con abuso del derecho, en aplicación del principio general del derecho según el cual *“sobre la mala fe no se funda ningún derecho”*.

En estos términos dejo expuesto la aclaración de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO / EXPRESIÓN MONTO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 – Alcance

[E]l monto al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se pretende proteger, no ha de referirse únicamente, como se aduce en el fallo objeto de esta aclaración, a la tasa de reemplazo o, dicho en otras palabras, al porcentaje de la pensión, sino a la liquidación misma a la cual se le aplicará tal porcentaje y que como resultado dará dicho monto pensional a que tiene derecho el jubilado;

⁴⁷ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

liquidación que en el caso del régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985 está expresamente previsto, al establecer que la pensión será reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. (...) Frente al concepto monto la sección segunda también tuvo en consideración la noción de salario, para advertir que este no comprende únicamente la asignación básica fijada, sino las sumas que de manera habitual y periódica recibe el empleado como retribución por sus servicios, de acuerdo con las previsiones del convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el artículo 2.º de la Ley 5ª de 1969, el cual prevé que se entiende por asignación, el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, entre otras normas que desarrollan tal concepto (verbi gratia, Ley 65 de 1946.)

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 36 /CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / LEY 5 DE 1969 – ARTÍCULO 2 / LEY 65 DE 1946

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL E INESCINDIBILIDAD – Aplicación / PRINCIPIOS DE DERECHOS ADQUIRIDOS Y CONFIANZA LEGÍTIMA –Vulneración

[E]l principio de favorabilidad laboral comporta un postulado tanto constitucional como legal (...), según el cual debe acudir a la interpretación más beneficiosa para quienes ya retirados, o en vía de ello, solicitan el reconocimiento de su pensión de jubilación, por lo que el artículo 36 ibidem debe ser interpretado en armonía con el principio de inescindibilidad normativa, bajo el entendido de que el porcentaje y la base de liquidación pensionales constituyen un único concepto (monto), máxime cuando el régimen anterior a la Ley 100 no tiene un vacío al respecto, que deba ser suplido por tal disposición, por lo que a la persona beneficiaria de la transición debe aplicársele en su integridad el sistema pensional anterior. (...) [S]orprender a la ciudadanía con una nueva interpretación jurisprudencial, como lo hizo la Corte en los fallos C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, además de vulnerar los principios de derechos adquiridos y confianza legítima, también menoscaba su derecho a obtener una pensión (no igual), pero acorde a la fuerza de trabajo que muchas personas han entregado al Estado por más de 20 años, que adicionalmente salvaguarde su mínimo vital, entendido como el sustento económico que le sirva para sostener medianamente el mismo nivel que tenía al momento de su retiro del servicio oficial, máxime cuando se es beneficiario del régimen de transición.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO MÁXIMO JUEZ EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA- Desconocimiento/ PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA JUDICIAL E IGUALDAD ANTE LA LEY / CHOQUE DE TRENES / CAMBIO DE PRECEDENTE / PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES -Desconocimiento

El cambio abrupto contenido en la sentencia mayoritaria esconde dos problemas conceptuales que deben ser abordados con urgencia por la jurisdicción contencioso-administrativa: (i) por un lado, y frente a la tensión que implica entre los principios de autonomía judicial e igualdad ante la ley, el cambio de precedente judicial, la misma jurisprudencia precisó que dicha tracción solo se armoniza cuando el juez cumple dos requisitos para adoptar un cambio del precedente, esto es, la transparencia y la suficiencia argumentativa, pero ni las sentencias C-258 de

2013 y SU-230 de 2015 ni el fallo de esta Corporación parecen hacer lo propio al respecto; y (ii) por otro, el ya conocido episodio de choque de trenes de las altas cortes de nuestro país y que ha producido recomendaciones de órganos internacionales por negación del derecho a la justicia, se origina en una falta de reconocimiento del juez constitucional de la especialidad de las demás ramas del derecho y de un peligroso activismo judicial que tiende a hiperconstitucionalizar todas las discusiones ordinarias, desconociendo a esta Corporación como el máximo tribunal en la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, la decisión mayoritaria abandona el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Por lo anterior, no le era dable a la judicatura contenciosa y constitucional, bajo el principio de sostenibilidad fiscal, desconocer la progresividad de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, menos aún sin demostrar la necesidad y adecuación de tal sacrificio.

FUENTE FORMAL: CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 26 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES – ARTÍCULO 21 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 228

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN⁴⁸

Con mi acostumbrado respeto, procedo a aclarar el voto en relación con la providencia adoptada en la sala plena de lo contencioso-administrativo de 28 de agosto del año en curso en el asunto del epígrafe, por cuyo conducto, entre otros aspectos, se decidió:

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

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la

⁴⁸ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

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

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

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

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

[...]

La anterior determinación tuvo como sustento, en las siguientes razones, entre otras:

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como

manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas⁴⁹.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir la pensión y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo [...].

Al respecto, sea lo primero precisar que en torno al ingreso base de liquidación (IBL) pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁵⁰, el criterio de la sección segunda, que frisa casi las dos décadas⁵¹, ha sido que tal transición pretende proteger el derecho de aquellas personas, que al momento de entrar a regir el

⁴⁹ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

⁵⁰ La Ley 100 de 1993, «*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes. No obstante lo anterior y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en su artículo 36.

⁵¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B: (i) consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, 16 de febrero de 2006, exp. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, 30 de agosto de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-12703-01(9340-05), actor: Carlos Cuartas Nieto, demandado: ISS; y 20 de septiembre de 2007, exp. 08001-23-31-000-2000-01858-01(7873-05), actor: José Darío Sarmiento Reales, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional; (ii) consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, 29 de mayo de 2008, exp. 76001-23-31-000-2003-01586-01(1166-06), actor: Universidad del Valle, demandado: José Alejandro Herrera Rodríguez; (iii) consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, exp. 25000-23-25-000-2005-01773-01(1277-07), 26 de junio de 2008, actor: Germán González Villalba, demandado: Cajanal; (iv) consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, 6 de agosto de 2008, exp. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08).

Subsección A: (i) consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencias de 29 de mayo de 2003, exp. 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02) y de 1º de marzo de 2007, expediente 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05); y (ii) consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, fallo de 18 de febrero de 2010, exp. 250002325000200404269 01 (1020-08), actor: Álvaro Libardo Ramírez Sánchez, demandado: Bogotá - secretaría de hacienda.

sistema de seguridad social integral (1° de abril de 1994⁵²) contaran con 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, de obtener su pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, no solo respecto de la edad y tiempo de servicio, sino de su monto, que incluye el IBL.

A manera de ejemplo, resulta oportuno evocar la sentencia de 21 de septiembre de 2000 (interno 470-99, consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda), en la que se explicó:

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.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la **edad**, el **tiempo de servicio** y el **monto de la pensión** gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son **las demás condiciones** para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un **ingreso base** y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del **monto** que se rige por las normas anteriores se infiere un **ingreso base** regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico

⁵² De acuerdo con el párrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, «El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos **del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995**, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental» (se destaca).

anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.

Por ende, el *monto* al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se pretende proteger, no ha de referirse únicamente, como se aduce en el fallo objeto de esta aclaración, a la tasa de reemplazo o, dicho en otras palabras, al porcentaje de la pensión, sino a la liquidación misma a la cual se le aplicará tal porcentaje y que como resultado dará dicho monto pensional a que tiene derecho el jubilado; liquidación que en el caso del régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985 está expresamente previsto, al establecer que la pensión será reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Este derrotero jurisprudencial no fue disidente al de la Corte Constitucional, pues recuérdese que, **en sentencia T-631 de 2002**, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, esa Corporación afirmó que «[...] *el ingreso base de liquidación (IBL) fijado en el inciso 3 del artículo 36 solo tiene aplicación para lo allí indicado y en el evento de que el régimen especial se hubiera omitido el señalamiento de la base reguladora*»; y, en fallo **T-251 de 2007**, M. P. Jaime Córdoba Triviño, dijo que «[...] *el método de cálculo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene carácter supletorio, aplicable sólo ante la ausencia de una fórmula particular dentro del régimen especial*»⁵³. De igual modo, en consideración al principio de inescindibilidad normativa, en providencia **T-210 de 2011**, sostuvo:

En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación, no es posible combinar normas de la Ley 100 de 1993, con normas contenidas en los anteriores regímenes de pensiones. De allí que, para calcular el monto de las mesadas pensionales, **no sea posible combinar el porcentaje del ingreso base de liquidación (en adelante IBL) establecido en un régimen anterior al 1º de abril de 1994, con el IBL consagrado en la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario se vulneraría el principio de inescindibilidad de las normas jurídicas**⁵⁴.

[...]

⁵³ Entre otras, consúltense las sentencias T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, T-830 de 2004, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009 y T-610 de 2009.

⁵⁴ Para profundizar sobre este tema se puede estudiar la sentencia T-631 de 2002 en la cual esta Corporación señaló que cuando un funcionario de la rama judicial o del Ministerio Público, es beneficiario del régimen de transición, se debe aplicar en su integridad el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 para liquidar el monto de la pensión de vejez, sin que sea procedente aplicar el IBL consagrado en el inciso 3º del artículo 26 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que en ese decreto está establecida claramente la fórmula matemática para calcular el monto de la pensión.

20. En consecuencia, aquellos empleados oficiales que, a 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumplieran con alguno de los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a pensionarse bajo las reglas establecidas en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, en lo que se refiere a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, **que incluye el concepto de IBL**, pues están cobijados por el régimen de transición. **Así, el artículo 1° de la mencionada ley señala claramente que el IBL para calcular el monto de la pensión es el salario promedio con base en el cual se hicieron los aportes del último año de servicio.** Por otro lado, **para calcular el monto de la pensión, se deben tener en cuenta todos los factores salariales percibidos por el empleado oficial** del orden nacional, aunque no se encuentren consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 [negrilla fuera de texto].

Frente al concepto *monto* la sección segunda también tuvo en consideración la noción de *salario*, para advertir que este no comprende únicamente la asignación básica fijada, sino las sumas que de manera habitual y periódica reciba el empleado como retribución por sus servicios, de acuerdo con las previsiones del convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el artículo 2.º de la Ley 5ª de 1969, el cual prevé que se entiende por asignación, el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, entre otras normas que desarrollan tal concepto (*verbi gratia*, Ley 65 de 1946)⁵⁵.

Razonamiento que acogió de manera unificada la sección, el **4 de agosto de 2010**⁵⁶, para concluir 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», en desarrollo de la naturaleza jurídica de la pensión, los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral y las finanzas públicas en materia de derechos pensionales.

Nótese cómo en criterio de esta sección segunda, al unísono con la Corte Constitucional, la pensión debía ser liquidada con base en el universo de los factores salariales percibidos por el solicitante durante el último año de servicios, eso sí, en la hipótesis de que se hubiese omitido el descuento de aportes sobre parte de aquellos, la empresa administradora de pensiones bien podía hacer las respectivas deducciones.

⁵⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencias de **29 de mayo de 2003**, radicado 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), y de **1° de marzo de 2007**, expediente 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05).

⁵⁶ Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 250002325000200607509 01 (0112-2009), actor: Luis Mario Velandia.

Ahora bien, ante el panorama que desencadenó la Corte Constitucional, al referirse al IBL pensional en la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, pese a que su estudio particular se contrajo al examen de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en mi sentir, el Consejo de Estado debió mantenerse en el criterio unificado de su sección segunda en aras de salvaguardar los principios de favorabilidad laboral, inescindibilidad normativa, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad, prohibición de regresividad y control de convencionalidad en materia de derechos sociales.

Lo anotado, por cuanto el principio de favorabilidad laboral comporta un postulado tanto constitucional como legal (Ley 100 de 1993⁵⁷), según el cual debe acudirse a la interpretación más beneficiosa para quienes ya retirados, o en vía de ello, solicitan el reconocimiento de su pensión de jubilación, por lo que el artículo 36 *ibidem* debe ser interpretado en armonía con el principio de inescindibilidad normativa, bajo el entendido de que el porcentaje y la base de liquidación pensionales constituyen un único concepto (*monto*), máxime cuando el régimen anterior a la Ley 100 no tiene un vacío al respecto, que deba ser suplido por tal disposición, por lo que a la persona beneficiaria de la transición debe aplicársele en su integridad el sistema pensional anterior.

Asimismo, con tal interpretación (que ha sido reiterada por la sección segunda del Consejo de Estado) no se afecta de manera grave el principio de solidaridad de que trata la Ley 100 ni la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que cuando se ordena la liquidación de la pensión de jubilación con el universo de los factores salariales devengados durante el último año de servicios (como el caso de los beneficiarios de la Ley 33 de 1985), se dispone que sobre los nuevos factores a incluir se realicen los respectivos descuentos por concepto de aportes adeudados⁵⁸, sin desconocer que en muchos casos los interesados hacen aportes a pensión superiores a 20 años, y la entidad de previsión social les devuelve los correspondientes excedentes. Igualmente, las mesadas pensionales o las diferencias que surjan respecto de estas (en asuntos de reliquidación) están sujetas al término prescriptivo trienal previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Además, sobre el descuento de lo atinente a aportes por concepto de factores salariales no efectuados en su oportunidad por el empleador, pero que deben ser tenidos en cuenta para efectos del promedio salarial base de la liquidación

⁵⁷ Artículo 36 [...]

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».

⁵⁸ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila: «Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

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

pensional, resulta pertinente evocar las pautas que, en el pretérito, trazó la Corte Constitucional⁵⁹, tales como:

1) Que es *«necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador»;*

2) Que *«cuando el empresario descuenta los aportes del trabajador, no lo hace por el hecho de ser patrono y por las relaciones jurídicas laborales que existen con el trabajador, sino que el empresario actúa como una especie de agente retenedor del sistema de seguridad social»;*

3) Que en consecuencia, *«el dinero así retenido no es propiedad del patrono sino que es un recurso parafiscal del sistema de pensiones»;*

4) Que *«Son estrictamente razones de eficiencia las que justifican la facultad patronal de retención, lo cual significa que los dineros descontados representan contribuciones parafiscales, que son propiedad del sistema y no del patrono»;*

5) *«que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado»;*

6) Que *«el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 precisa que estas entidades ‘tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente ley»;*

7) Que entre las aludidas facultades se encuentran las de *« (i) verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes; (ii) adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados; (iii) citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes; (iv) exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; (v) ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones»;*

8) Que *«la misma ley, en su artículo 24 precisa que para que esas entidades puedan adelantar las acciones de cobro, se entiende que “la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo»;*

9) Que *«el artículo 57 confiere a las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida la posibilidad de establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos»;* y

⁵⁹ Véanse sentencias C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-1201 de 2004, T-106 de 2006, T-284 de 2007, T-668 de 2007, entre otras.

10) Por último, que *«En tales condiciones, y con ese abanico de facultades, resulta inaceptable que una EAP invoque su negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador»*.

Adicionalmente, la sentencia objeto de esta aclaración limita la suerte del ingreso base de liquidación pensional a los factores cuyos aportes se realizaron únicamente, circunstancia que a la postre dejaría al arbitrio del empleador el *quantum* de la pensión, de manera que ha debido especificarse que el IBL no solo debe corresponder a lo cotizado, sino que a lo sumo a los factores normativamente establecidos para tal propósito, inclusive sobre los que no están en la ley y se efectuaron aportes.

A partir de lo anterior, resulta de meridiana claridad que la empresa administradora de pensiones dispone de todo un refinado y preciso arsenal normativo para reclamar, se insiste, no del trabajador o asalariado sino del empleador, el pago de los aportes dejados de cancelar. Por lo tanto, *«[...] las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema»* (sentencia de 4 de agosto de 2010 de la sección segunda del Consejo de Estado)

Por otro lado, recuérdese que si bien el artículo 334 de la Constitución Política establece el mandato de la sostenibilidad fiscal como criterio de orientación de las actuaciones de las autoridades (tanto administrativas como judiciales), en su parágrafo establece un limitante: *«Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva»*. En consecuencia, no es dable olvidar que las controversias relacionadas con la liquidación de las pensiones de jubilación comportan derechos de carácter fundamental, como es la protección a la subsistencia digna del pensionado e incluso de la tercera edad (como grupo poblacional de especial protección constitucional), así como los principios de favorabilidad⁶⁰, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales⁶¹ y progresividad⁶² y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales⁶³, así como el

⁶⁰ Constitución Política, artículo 53.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila: *«[...] 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»*.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto. *«El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter*

derecho constitucional de irrenunciabilidad a la seguridad social⁶⁴.

En efecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-288 de 2012, sostuvo que «[...] *a consideración de la SF [sostenibilidad fiscal] por parte de las autoridades del Estado debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no solo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino también desde una perspectiva de vigencia integral de esos derechos. Es por ello que la fórmula adoptada por la reforma constitucional hace expresa referencia a que el principio o criterio de SF no puede, en ningún caso, servir de base para el menoscabo, restricción o negación de los derechos fundamentales. Existe, en ese orden de ideas, un mandato de intangibilidad de esas garantías constitucionales frente a la consideración de la sostenibilidad fiscal*».

Con base en lo expuesto, los principios de sostenibilidad fiscal y solidaridad, que sirvieron de fundamento a la sentencia C-258 de 2013, no pueden ser usados so pretexto de limitar los derechos fundamentales que rodean el reconocimiento y liquidación de una pensión de jubilación, como el hecho de gozar de tal prestación acorde al régimen al que se estaba afiliado con anterioridad a la Ley 100, y respecto de lo cual la misma jurisprudencia dio alcance favorable, en el sentido de que el régimen anterior debe ser aplicado en su integridad (tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, como se dejó anotado en precedencia).

Por consiguiente, sorprender a la ciudadanía con una nueva interpretación jurisprudencial, como lo hizo la Corte en los fallos C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, además de vulnerar los principios de derechos adquiridos y confianza legítima, también menoscaba su derecho a obtener una pensión (no igual), pero acorde a la fuerza de trabajo que muchas personas han entregado al Estado por más de 20 años, que adicionalmente salvaguarde su mínimo vital, entendido como el sustento económico que le sirva para sostener medianamente el mismo nivel que tenía al momento de su retiro del servicio oficial, máxime cuando se es beneficiario del régimen de transición.

El cambio abrupto contenido en la sentencia mayoritaria esconde dos problemas conceptuales que deben ser abordados con urgencia por la jurisdicción contencioso-administrativa: (i) por un lado, y frente a la tensión que implica entre los principios de autonomía judicial e igualdad ante la ley, el cambio de precedente judicial, la misma jurisprudencia precisó que dicha tracción solo se armoniza cuando el juez cumple dos requisitos para adoptar un cambio del precedente, esto es, la transparencia y la suficiencia argumentativa⁶⁵, pero ni las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 ni el fallo de esta Corporación parecen hacer lo propio al respecto; y (ii) por otro, el ya conocido episodio de choque de trenes de las altas cortes de nuestro país y que ha producido recomendaciones de órganos

incuestionable de su satisfacción».

⁶⁴ Constitución Política, artículo 48, inciso 2°.

⁶⁵ Las autoridades judiciales pueden apartarse del precedente en algunas circunstancias en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política, empero tal alternativa siempre estará sometida a requisitos estrictos, como: i) presentar de forma explícita las razones con base en las cuales se apartan del precedente, y ii) demostrar con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.

internacionales por negación del derecho a la justicia⁶⁶, se origina en una falta de reconocimiento del juez constitucional de la especialidad de las demás ramas del derecho y de un peligroso activismo judicial que tiende a hiperconstitucionalizar todas las discusiones ordinarias, desconociendo a esta Corporación como el máximo tribunal en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, la decisión mayoritaria abandona el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁷ y en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁶⁸.

Por lo anterior, no le era dable a la judicatura contenciosa y constitucional, bajo el principio de sostenibilidad fiscal, desconocer la progresividad de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, menos aún sin demostrar la necesidad y adecuación de tal sacrificio.

En los anteriores términos, aclaro mi voto, al estimar que aunque la sala mayoritaria procuró con la decisión adoptada armonizar su criterio con el de la Corte Constitucional, ya que su interpretación respecto del ingreso base de liquidación contemplado en el régimen de transición (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) fue fijado como regla jurisprudencial en una sentencia de constitucionalidad, lo cierto es que el sacrificio de los derechos de los pensionados resulta mayor al beneficio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Ello no parece razonable, ni justo, frente a quienes, en el otoño de su existencia, ya menguada su fuerza de trabajo, aspiran a una congrua pensión, luego de haberse levantado por lo menos durante veinte (20) años, todos los días de su vida, a servirle a la comunidad y por contera disputarle decentemente el pan a la vida, cuanto más, en un país donde, según aserto de quien se halla en la colina del máximo órgano de control fiscal de la República, *«Los corruptos se están llevando entre \$40 y \$50 billones de los presupuestos nacionales, departamentales y municipales»*

Respetuosa y atentamente,

⁶⁶ Desde el 23 de julio de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos profirió la primera recomendación internacional sobre el llamado choque de trenes, que generara un precedente en los casos en los que la tutela anula un fallo judicial de los altos tribunales

⁶⁷ «Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

⁶⁸ «[c]ada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY – Vulneración / DERECHOS PENSIONALES- Vulneración / MONTO - Alcance

Comparto los criterios expuestos por varios lustros por la Corte Constitucional y por décadas por el Consejo de Estado, especialmente la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010, en el sentido de que se vulneran los derechos pensionales cuando, como se decide en la sentencia de la cual me aparto, no se aplica en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto es, el concepto de “monto” debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resulta quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo habría sido aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 INCISO 3

COMPETENCIAS DE LAS CORTES DE CIERRE – Son Regladas

[E]n un Estado de Derecho todas las autoridades tienen poderes reglados y competencias limitadas, incluidos los jueces y las propias cortes de cierre (...) Los poderes públicos se deben ejercer «en los términos» (dentro de los límites) que la Constitución establece (...); (ii) «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley» (...); (iii) «La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.» (...); (iv) La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Corresponde a la ley dividir la Corte en salas, señalar a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinar aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno. (...); (v) El Consejo de Estado desempeña las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. (...); (vi) A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...). [N]inguna de las cortes de cierre tiene un poder ilimitado, como no lo tiene tampoco el legislador ni el gobierno. Todos son “poderes derivados” o “poderes constituidos”, que deben ejercerse conforme a la Constitución y a la ley

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el criterio auxiliar de la doctrina Constitucional, el alcance de las sentencias de la Corte Constitucional y la fuerza vinculante de la

interpretación de la Constitución por vía de autoridad ver: Corte Constitucional, sentencia C- 131 de 1993, C- 037 de 1996, C- 539 de 2011, C- 634 de 2011, C- 816 de 2011, C- 083 de 1995, entre otras

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 230 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 234 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 241 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 242

SENTENCIA C- 258 DE 2013 – No cobija regímenes pensionales especiales o exceptuados

[L]a Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, “regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas”. Esto es, la Sentencia C-258 de 2013: no extiende su análisis, ni podía hacerlo, “a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992”, como son los regímenes que se encuentran “en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978”; En la parte resolutive no declaró, ni podía hacerlo porque no era la norma demandada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 condicionada a una determinada interpretación y alcance. En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes “dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992”, pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cobija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992

LIQUIDACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL – Sobre los factores aportados

Comparto, en lo esencial la “segunda subregla” establecida en la sentencia, esto es, que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones..

FUENTE FORMAL: LEY 32 DE 1961, EL DECRETO 69 DE 1973, LOS DECRETOS 1282 Y 1302 DE 1994, LA LEY 33 DE 1985, EL DECRETO 1045 DE 1975, EL DECRETO LEY 2661 DE 1960, LA LEY 6 DE 1945, LA LEY 22 DE 1942, EL DECRETO 902 DE 1969, EL DECRETO 546 DE 1971 Y EL DECRETO 1660 DE 1978

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO GABRIEL VALBUENA
HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)

Actor: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO

**Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. EN
LIQUIDACIÓN⁶⁹**

De manera respetuosa presento a continuación las razones que me llevan a salvar parcialmente mi voto en la sentencia de la referencia.

Dada la enorme trascendencia que tiene el tema de los límites competenciales de sus cortes de cierre para la efectiva vigencia de nuestro “Estado social de derecho”, voy a referirme especialmente a los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto y en sede de revisión de decisiones de tutela.

El asunto es especialmente relevante porque si no hubiera forma de determinar los límites competenciales de la Corte Constitucional, ésta se convertiría no sólo en la única corte de cierre sino también en un poder absoluto, sin límites, lo cual es incompatible con un Estado de Derecho y, por supuesto, más temprano que tarde, afectaría su propia legitimidad.

Esta referencia es excepcionalmente pertinente considerando que, como lo destaca la sentencia de la cual parcialmente me aparto:

“38. La necesidad de definir estos temas surge a partir de algunas decisiones que, en sede ordinaria y de tutela, han desconocido el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación, no solo en jurisprudencia reiterada y constante de los últimos años, sino en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda, a propósito de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sobre el problema interpretativo en materia de aplicación integral de los regímenes pensionales, a partir de las reglas

⁶⁹ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

de la transición sobre las condiciones del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen general de la Ley 33 de 1985.

“82. Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la ratio decidendi de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.”

Por ello, considero fundamental precisar los límites competenciales del Consejo de Estado, en su función de tribunal supremo de lo contencioso administrativo; de la Corte Suprema de Justicia en su función de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; y de la Corte Constitucional en su función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Por otra parte, es paradójico que el “carácter vinculante y obligatorio” de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de sus secciones se invoque en la sentencia de la cual me aparto, cuando precisamente se está desconociendo ese carácter y esos efectos a la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010.

Así, para precisar el carácter y los efectos que no han debido desconocerse a la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010 basta citar, precisamente, los numerales 113 y 114 (**sobre los “Efectos de la presente decisión”**) de la sentencia de la cual me aparto, en los cuales, con razón se señala que el artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política “consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley”, y se cita la sentencia C-816 de 2011 en la cual se “estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁷⁰. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que

⁷⁰ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal

exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**. “

Esto es aún más incomprensible cuando precisamente en la sentencia de la cual respetuosamente me aparto se advierte con razón que, en principio, no puede entenderse que “las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley”.

Finalmente sostengo, como lo señaló por varios lustros la propia Corte Constitucional y por décadas el Consejo de Estado, que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Este escrito se organiza así:

- I. Las competencias constitucionales de las Cortes de cierre;
- II. Efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto y en revisión de las sentencias de tutela;
- III. Fuerza vinculante de la interpretación de la Constitución por vía de autoridad y como doctrina constitucional integradora. Doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley. El caso de las sentencias de unificación jurisprudencial;
- IV. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas, hasta la sentencia SU-230 de 2015;
- V. La sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional;
- VI. Las sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 t SU-023 de 2018;
- VII. Sobre los alcances y efectos de la sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional;

VIII. Los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado;

IX. El régimen de transición pensional es inescindible: no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas;

X. Sobre los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional;

I.

LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES DE LAS CORTES DE CIERRE

1. En un Estado de Derecho todas las autoridades tienen poderes reglados y competencias limitadas.

Aunque, por definición, en un Estado de Derecho todas las autoridades tienen poderes reglados y competencias limitadas, incluidos los jueces y las propias cortes de cierre, conviene subrayar (pese a lo obvio) que, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 3, 230, 234, 237, 241 (especialmente num. 9) y 242 de la Constitución Política: (i) La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. Los poderes públicos se deben ejercer «en los términos» (dentro de los límites) que la Constitución establece (artículo 3 CP); (ii) «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley» (inciso 1º artículo 230 CP); (iii) «La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.» (inciso 2º artículo 230 CP); (iv) La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Corresponde a la ley dividir la Corte en salas, señalar a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinar aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno. (artículo 234 CP); (v) El Consejo de Estado desempeña las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. (artículo 237 CP); (vi) A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. (artículo 241 CP).

En concordancia con las disposiciones constitucionales citadas: (i) la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), señala que la Rama Judicial «es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia» y por ello “Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en

sus providencias” (artículo 5º); (ii) la Ley 270 de 1996 ordena que la parte resolutive de las sentencias judiciales esté precedida de las siguientes palabras: “Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley” (artículo 55); y, (iii) El Decreto 2067 de 1991 (régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional), dispone que las sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán “en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución” (artículo 20).

2. Las Cortes de cierre tienen competencias regladas por la Constitución y la ley.

La arquitectura del ordenamiento jurídico no siempre puede evitar que haya zonas opacas en la definición de competencias y procedimientos de producción del derecho y ello hace posible (a veces inevitable) cierto nivel de incertidumbre e inseguridad jurídica, máxime cuando, como en el caso colombiano, no hay una sola corte de cierre.

Sin embargo, ninguna de las cortes de cierre tiene un poder ilimitado, como no lo tiene tampoco el legislador ni el gobierno. Todos son “poderes derivados” o “poderes constituidos”, que deben ejercerse conforme a la Constitución y a la ley.

3. la Corte Constitucional revisa, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (numeral 9, artículo 242 CP)

El artículo 241 CP confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con ese fin, la Corte Constitucional decide sobre las demandas que, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenten los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, las leyes y los decretos con fuerza de ley y revisa, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (numeral 9). En el mismo sentido, el artículo 242 CP subraya que los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título “serán regulados por la ley” conforme a las disposiciones contenidas en ese artículo.

II.

LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ABSTRACTO Y EN SEDE DE REVISIÓN DE DECISIONES DE TUTELA

Sin la menor duda, incurriría en un vicio competencial cualquiera de los órganos de cierre, el Consejo de Estado (tribunal supremo de lo contencioso

administrativo), la Corte Suprema (máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria) o la Corte Constitucional (guarda de la integridad y supremacía de la Constitución), si al proferir una providencia desconociera el marco constitucional y legal para el ejercicio de sus competencias.

A este respecto conviene precisar que, a nivel constitucional no es irrelevante la distinción entre las normas competenciales (que fijan las reglas de producción jurídica) y las normas “en sentido estricto” (prescripciones) que contienen órdenes y prohibiciones⁷¹.

Una violación de las normas competenciales constituye una vía de hecho (por defecto orgánico) en que incurre precisamente un órgano a quien el constituyente le ha confiado un papel en la producción jurídica y que, desbordando los límites de la confianza que en ese órgano se ha depositado (la órbita competencial definida por el constituyente) produce una ruptura del orden jurídico.

Por ello, es necesario precisar los desarrollos legales sobre los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de esa misma Corporación sobre tales disposiciones legales. Así:

1. La doctrina constitucional: criterio auxiliar.

La Corte Constitucional en sentencia C-131 de 1993, declaró inexecutable la expresión «obligatorio» contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia”.

2. Alcance de las sentencias proferidas en el ejercicio del control constitucional.

En sentencia 037 de 1996, proferida en la revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara (“Estatutaria de la Administración de Justicia”, que se convirtió en la Ley 270 de 1996)⁷², la Corte Constitucional declaró

⁷¹ GUASTINI, RICCARDO. “La sintaxis del derecho”. Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016

⁷² En la sentencia mencionada, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «Sólo» y «el Congreso de la República» contenidas en la parte final del numeral 1º del artículo 48 del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, que originalmente decía así:

«Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad

exequible el artículo 48, que dispone:

“Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.” (Subrayas fuera de texto).

En la mencionada sentencia 037 de 1996, la Corte Constitucional precisa:

“De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 10. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella” (subrayas y negrilla fuera de texto)

3.- Efectos de la revisión de sentencias proferidas en sede de tutela.

En el mismo sentido, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la

judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general.

Para esa declaratoria de inexequibilidad la Corte Constitucional sostuvo:

«La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (Art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional.» (subrayas fuera de texto)

acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, dispone:

“Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.” (Subrayas fuera de texto).

Esa norma se encuentra vigente y se presume constitucional: la Corte Constitucional no la ha declarado inexecutable por vía principal (con efectos erga omnes) y ni siquiera lo ha hecho por vía incidental o de excepción, con efectos para un caso concreto.

III.

FUERZA VINCULANTE DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR VÍA DE AUTORIDAD.

Doctrina constitucional integradora y doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley. El caso de las sentencias de unificación jurisprudencial.

Conforme a lo expuesto, las disposiciones contenidas en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991; artículo 36 del Decreto 2591 de 1991; y artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), se encuentran vigentes y, por supuesto, mientras no se sean declaradas inconstitucionales por vía principal, con efectos erga omnes, obligan a todas las autoridades administrativas y judiciales, incluyendo a (todas) las cortes de cierre. Incluso, puede decirse que las cortes de cierre están especialmente sujetas a estas disposiciones, pues son normas que señalan los procedimientos y reglas aplicables al ejercicio de las competencias que la Constitución les asigna y que deben cumplir, conforme a la ley.

En este sentido, y con estricta sujeción a lo dispuesto en las normas legales citadas, comparto lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-539 de 2011; C-634 de 2011; y C-816 de 2011, que es consistente con lo expuesto por la misma Corporación en la sentencia (hito) C-083 de 1995, así:

1. En el fallo C-539/11⁷³, la Corte Constitucional señala:

⁷³ Que declaró exequible (i) la expresión “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, ...” contenida en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010; (ii) exequible la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” contenida en 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.

La norma demandada, el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, dice así:

“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

“por expreso mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidas las autoridades administrativas y judiciales, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad. Sobre el nivel de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, esta Corte ha precisado, que es necesario distinguir entre los tres componentes básicos de los fallos de constitucionalidad: la ratio decidendi, los obiter dictum y el decismum. Siendo estrictamente obligatorios la decisión y la ratio decidendi que la sustenta. Así mismo, ha aclarado que el desconocimiento de un fallo de control de constitucionalidad, por las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, por aplicación de una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte, puede implicar la comisión del delito de prevaricato, y que es vinculante tanto la parte resolutive como las consideraciones que fundamentan de manera directa e inescindible tal decisión. (subrayas y negrilla fuera de texto)

2. En el fallo C-634/11⁷⁴ la Corte Constitucional declaró executable el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), “por los cargos analizados en esta sentencia” y precisa:

“en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.” (subrayas y negrilla fuera de texto)

- 3.- En el fallo C-816 de 2011 la Corte Constitucional destaca, con razón, que la fuerza vinculante de la jurisprudencia de esa Corporación tiene una doble fundamentación, en razón del órgano que la profiere: “(i) de un lado, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; (ii) de otro lado, es el guardián de la “supremacía e integridad” de la Carta Fundamental”. Por ello, declara executables el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), sobre reglas para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, con la precisión de que lo hace:

“en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado -

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.” (expresiones subrayadas demandadas)

⁷⁴ La norma demandada, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), dice así:

“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.”

inciso 1 del artículo demandado- e interpretar las disposiciones constitucionales en que deba basar su fallo -inciso 7 integrado del mismo artículo-, deben incorporar en sus fallos de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.” (subrayas y negrilla fuera de texto)

4. Todo lo anterior es consistente con lo expuesto en la sentencia C-083 de 1995 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), en la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 8° de la ley 153 de 1887⁷⁵.

En esa sentencia, la Corte Constitucional hizo la más afortunada exposición sobre los alcances del concepto «doctrina constitucional» y destacó que es necesario distinguir “la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley”, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. (Subraya la Corte).

Señaló, además:

“Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener “como criterio auxiliar obligatorio” “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional”, mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.” (Subrayas fuera de texto)

Y, con (admirable) claridad sostuvo:

“La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda

⁷⁵ El artículo 8° de la ley 153 de 1887 dispone:

«**Artículo 8°.** Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho». (subrayas fuera de texto)

hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. **Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.**

“Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

“Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (Subraya la Corte).

“La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.” (subrayas y negrilla fuera de texto)

IV.-

EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN MATERIA DE PENSIONES.

Línea jurisprudencial de la corte constitucional en sede de revisión de tutelas, hasta la sentencia SU-230 de 2015

Conforme a una línea jurisprudencial consolidada en Salas de Revisión de Tutela, la Corte Constitucional sostuvo, hasta la Sentencia SU-230 de 2015, que en tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (entre otros) el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo sería aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora.

A este respecto la propia sentencia SU-230 de 2015 cita las siguientes sentencias en cuya *ratio decidendi* se precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no

lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009.”

V.

LA SENTENCIA C-258 DE 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013 declaró inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «por todo concepto», contenida en su parágrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas “al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable”, en el entendido que: **(i)** No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraran afiliados al mismo; **(ii)** Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas; **(iii)** Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso; **(iv)** Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.

En la parte resolutive de esa sentencia igualmente se ordena (i) a los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, revisar “Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia. Realizada la revisión correspondiente” “podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013”; y (ii) a quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que, “en el marco de su competencia» tomen «las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia” en relación con los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero.

VI.
LAS SENTENCIAS SU-230 DE 2015, SU-427 DE 2016,
SU-395 DE 2017 Y SU-023 DE 2018

En las sentencias de unificación SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018, la Corte Constitucional considera que en la citada sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación sentó un precedente aplicable a todos los regímenes pensionales y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados. Como lo explica la sentencia de la cual me aparto:

“82. Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.”

En la Sentencia SU-230 de 2015 la Corte Constitucional indicó:

“Así pues, la sentencia C-258 de 2013, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.”

En salvamento de voto a esa sentencia, la Magistrada Doctora María Victoria Calle Correa y el Magistrado Doctor Jorge Iván Palacio Palacio señalan:

“En vista de que en el presente caso no estábamos ante un beneficiario de un régimen de privilegios, ni había evidencias de ventajas desproporcionadas, no encuentro razones para controlar esta situación por la sentencia C-258 de 2013. Este no era el caso de una persona privilegiada por el sistema de pensiones. El tutelante devengaba una remuneración mensual equivalente a 4.26 salarios mínimos legales cuando adquirió su derecho a la pensión, y había laborado por espacio de 22 años en calidad de trabajador oficial en el Banco Popular. Reclamaba una pensión de jubilación liquidada conforme lo dispone el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; es decir, “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”. La mayoría de la Sala Plena le niega esta posibilidad, argumentando que a su caso es aplicable la sentencia C-258 de 2013, en la cual sin embargo se examinó una norma referente al régimen pensional especial de los Congresistas.”

En el mismo sentido, en su salvamento de voto el Magistrado Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, señala que:

“la decisión adoptada se fundamentó en una interpretación incorrecta del alcance de la sentencia C-258 de 2013. Considero que la Sala asumió que dicha sentencia había sentado un precedente aplicable a todos los regímenes especiales de pensión cuando, en realidad, sus efectos estaban limitados a algunos regímenes en específico, entre los que no se cuenta aquél en el que se encuentra el accionante. La Sala no debió haber decidido que la mencionada sentencia C-258 de 2013 era precedente aplicable al caso del accionante, pues los hechos que dieron lugar a la acción de tutela no guardan relación con los supuestos estudiados en la sentencia de constitucionalidad. En otras palabras, dado que el accionante nunca fue congresista y en vista de que el régimen pensional que le era aplicable había sido exceptuado de manera explícita en esa misma sentencia, no podían aplicarse para su caso las reglas contenidas en ésta.”

Y precisa:

“la mayoría en Sala Plena optó por una tesis exótica e incompatible con el texto de la sentencia de constitucionalidad mencionada, indicando que “la sentencia C-258 de 2013 fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 de la Ley 100”. Como puede notarse, esta interpretación no encuentra asidero en el pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por cuanto el examen que se adelantó en la C-258 de 2013 se redujo exclusivamente al artículo demandado, excluyendo los otros regímenes, como ya se dijo. Con lo anterior, a mi modo de ver, la Sala Plena extendió los efectos de la sentencia C-258 de 2013 mediante un ejercicio hermenéutico que no se corresponde con la competencia de las Salas de Revisión.”

En la sentencia SU-427 de 2016, se reitera en lo esencial lo sostenido por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia SU-230 de 2015, señalando que en la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esa Corporación fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición”. En apoyo de esta consideración, se transcribe un texto contenido en la parte motiva de la Sentencia C-258 de 2013, que dice:

“La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de

transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.”

Advierte que en la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional:

“consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación”.

Y concluye que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición “sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico”. Cuando esa Corporación se refiere a casos de “abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”. Y precisa que esto ocurre, por ejemplo, cuando “bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario”. Así, se refiere a los casos en que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, “obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)”.

Finalmente señala:

“6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).”

“6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.”

VII.

SOBRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LA SENTENCIA C-258 DE 2013 PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Como se precisó anteriormente, en la Sentencia C-258 de 2013, declaró inexecutable las expresiones «durante el último año y por todo concepto», «Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal», contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «por todo concepto», contenida en su parágrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable».

2.- En esa Sentencia la Corte Constitucional ejerció su competencia de control de constitucionalidad en abstracto, por vía principal y ante acción popular ejercida contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional no consideró necesario cobijar con este fallo otras disposiciones legales, con las que hubiera podido integrar una proposición jurídica completa, para incluirlas en la parte resolutive de esa sentencia y declarar (a) su inexecutable; (b) su executable

o, (c) su exequibilidad condicionada a determinada interpretación y alcance.

En sentido contrario, en la parte motiva de dicha Sentencia, la Corte Constitucional precisa:

«En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros⁷⁶. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados».

Y destaca, con razón, que:

“La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, **la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.**

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

⁷⁶ «Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.»

fuera de texto).

Y, en la nota de pie de página número 205, se precisa que lo dispuesto en esa sentencia no aplica para los regímenes que se encuentran, entre otras disposiciones:

“en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978”.

3.- Como queda dicho, conforme al artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto (por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad),

«sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive».

La parte motiva constituye, un «criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general».

Por otra parte, si las sentencias son proferidas en sede revisión de providencias de tutela:

«tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces».

4.- No hay duda de que a la Corte Constitucional le corresponde interpretar con autoridad los preceptos constitucionales y que su doctrina constitucional debe seguirse como la interpretación auténtica de las normas constitucionales, pero su interpretación de la ley, en sentido formal, sólo obliga cuando profiere una sentencia de constitucionalidad condicionada a esa interpretación.

5.- Contrario a lo expresado en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, “regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas”.

Esto es, la Sentencia C-258 de 2013:

- a) no extiende su análisis, ni podía hacerlo, “a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992”, como son los regímenes que se encuentran “en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978”;
- b) En la parte resolutive no declaró, ni podía hacerlo porque no era la norma demandada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 condicionada a una determinada interpretación y alcance.
- c) En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes “dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992”, pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cubija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

VIII.

LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN PROFERIDA EL 4 DE AGOSTO DE 2010 POR LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO

Para precisar el carácter y los efectos que no han debido desconocerse a la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010 basta citar, precisamente, los puntos 113 y 114 (**“Efectos de la presente decisión”**) de la sentencia de la cual me aparto, en los cuales, con razón se señala:

“113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

“114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁷⁷. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**. “

Paradójicamente, el “carácter vinculante y obligatorio” de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de sus secciones se invoca en la sentencia de la cual me aparto cuando precisamente se está desconociendo ese carácter y esos efectos a la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010.

Ello es aún más incomprensible si se considera que en la sentencia de la que parcialmente me aparto se advierte precisamente que:

“117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”

IX.

EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL ES INESCINDIBLE: NO SE PUEDE APLICAR POR PARTES SINO EN TODA SU EXTENSIÓN, PARA NO VULNERAR DERECHOS ADQUIRIDOS NI EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

Comparto los criterios expuestos por varios lustros por la Corte Constitucional y por décadas por el Consejo de Estado, especialmente la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010, en el

⁷⁷ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

sentido de que se vulneran los derechos pensionales cuando, como se decide en la sentencia de la cual me aparto, no se aplica en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Esto es, el concepto de “monto” debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resulta quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo habría sido aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora.

En este sentido y con base en las mismas sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, me permito agregar:

1.- El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas. Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales⁷⁸.

⁷⁸ En este sentido:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). «Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.»

Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. «Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. [...]»

Constitución de la OIT. «Artículo 19. Convenios y recomendaciones. [...] 8. Efectos de los convenios y recomendaciones sobre disposiciones que establezcan condiciones más favorables. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.»

2.- Aunque el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible y se puede modificar, en ese evento para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico.

Así pues, la existencia de los regímenes de transición se explica por la necesidad de respetar las expectativas legítimas de aquellas personas que están próximas a consolidar algún derecho bajo los parámetros normativos consagrados en el régimen jurídico preexistente que es objeto de modificación. Si uno se pregunta cuál era la expectativa legítima que tenían aquellas personas que por virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 quedaron cobijadas bajo el régimen de transición en materia de pensiones, debe llegar a la necesaria y única conclusión de que si estaban sujetas al régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, su expectativa era adquirir una pensión de jubilación liquidada conforme lo dispuso el artículo 1º de esa ley, esto es, ni más ni menos, el “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”. Dicho de otra manera, no puede afirmarse, en modo alguno, que la expectativa de quienes se encontraban amparados por ese régimen de transición era el de obtener una pensión de jubilación liquidada conforme al ingreso base e liquidación consagrado en el nuevo régimen general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993.

La expresión “confianza legítima” evoca ante todo la idea de una confianza plenamente justificada, estructurada a partir de unos hechos concluyentes, inequívocos, verificables y objetivados que hacen posible predecir con un alto grado de probabilidad o de certeza que las expectativas que han sido creadas, promovidas o toleradas por el Estado en torno a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas favorables o al acaecimiento ulterior de un hecho esperado, en modo alguno se verán perturbadas o frustradas como consecuencia del actuar sorpresivo de las autoridades.

En ese sentido, el principio de confianza legítima busca proteger a quienes podrían resultar súbitamente defraudados en sus legítimas expectativas por obra y gracia del actuar contradictorio, incoherente y desleal de las autoridades, especialmente cuando ello no tiene como justificación una razón jurídicamente atendible. Sobrada razón le asiste entonces a JEAN PIERRE PUISSOCHET, cuando asegura que este principio protege a los particulares contra aquellas decisiones que, aún siendo legales, se tornan jurídicamente inadmisibles en razón de su carácter brutal y sorpresivo.

El principio de confianza legítima se inspira en el propósito de contener aquello que la jurisprudencia francesa ha denominado la “*brusquerie administrative*”, esto es, la adopción de determinaciones sorpresivas o la asunción de posturas

inesperadas, que sin ningún tipo de miramientos ni consideraciones vienen a alterar las situaciones jurídicas ya entabladas y a desarticular las expectativas plausibles que el mismo Estado ayudó a generar. Según lo expresa SYLVIA CALMES en su obra pionera sobre el tema, el quebrantamiento de la confianza debe resultar tan inesperado como el estallido de un trueno en un cielo sereno.

El otro elemento que nos permite identificar una situación de confianza protegible es precisamente el que se refiere a su legitimidad. Desde el punto de vista semántico, la palabra legitimidad dice relación con la cualidad de legítimo. Este, a su turno, es un adjetivo que se emplea para designar todo lo que se encuentra “conforme a las leyes”, aunque evoca también la idea de aquello que es justo, cierto, genuino y verdadero. Expresado en otras palabras, legítimo es lo que se ajusta al derecho o la razón, e incluso a ambas .

3.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación⁷⁹. Esa disposición no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición. Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En síntesis, considero que aplicar el criterio contenido en la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010 no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.

Hago propios, además, los argumentos expuestos en la sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016⁸⁰ que reafirmaba, en lo esencial, la postura tradicional de esta Corporación sobre el régimen de transición en pensiones, contenida en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010⁸¹. Específicamente, con relación a la aplicación de la Ley 33 de 1985 señala:

⁷⁹ «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».

⁸⁰ Sección Segunda del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Exp. 2013-01541 (4683-2013). Fue dejada sin efectos por sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado 11001-03-15-000-2016-01334-01.

⁸¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Exp. 2006-07509 (0112-2009), Consejero ponente doctor VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

« (...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso».

“Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

«(...)

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

(...)

“Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes

especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

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

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

Por ello, considero que han debido desestimarse los argumentos presentados por la entidad demandada con respecto a la «interpretación constitucional» del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, máxime que: (i) no invoca casos de abuso del derecho, válidamente cobijados por la Sentencia SU-427 de 2016 de la Corte Constitucional; (ii) no se refieren al “régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable” (artículo 17 de la Ley 4 de 1992), cobijados por la Sentencia C-258 de 2013 de esa misma Corporación; (iii) No se refieren a la interpretación y alcance que la Corte Constitucional ha dado a una disposición de la Carta Política (doctrina constitucional integradora) sino a la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a una disposición legal (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), lo cual, en el mejor caso constituye “doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley”.

En conclusión, salvo el voto a la sentencia en cuanto al fijar la “Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición” señala:

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

Y, en el mismo sentido, en cuanto al fijar la **“primera subregla” aplicable a** “este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, señala que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

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

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

X.

SOBRE LOS FACTORES SALARIALES QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL

Comparto, en lo esencial la “segunda subregla” establecida en la sentencia, esto es, que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones..

Al respecto coincido con los siguientes criterios contenidos en la sentencia:

“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos

devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

Considero que esta subregla, más que sustentarse en “el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho”, como lo sostiene la sentencia, directamente se sustenta en la misma disposición contenida en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que prevé:

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

En ese sentido y, aunque parezca redundante, debo reiterar que comparto también las siguientes afirmaciones contenidas en la sentencia:

“99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento**

salarial en la liquidación de la mesada pensional.

“100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

En síntesis, el “régimen de transición” previsto en la Ley 100 de 1993 protegía la expectativa legítima de la demandante de pensionarse con sujeción al régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, esto es, una pensión de jubilación liquidada conforme lo dispuso el artículo 1º de esa ley, esto es, ni más ni menos, el “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado

Fecha ut supra.