

Análisis de criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto del régimen especial de pensión de vejez en la legislación laboral colombiana

Analysis of Jurisprudential Criteria Developed by the Constitutional Court and the Council of State With Regard to the Special Old Age Pension Regime in Colombian Labor Law

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.33.6034>

Resumen

De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Es reconocida en el ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental, complementado y fortalecido por los convenios y tratados internacionales que sobre la materia ha ratificado el Estado colombiano.

Con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (SGP, Ley 100 de 1993), el legislador pretendió superar los desajustes que existían entre los distintos modelos y regímenes pensionales, creando un sistema integral y general de pensiones que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas y genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

Palabras clave: Ingreso Base de Liquidación; Monto; Pensión; Precedente Judicial; Régimen de Transición.

Abstract

In accordance with article 48 of the Political Constitution of Colombia, Social Security is a mandatory public service that is provided under the direction, coordination and control of the State, in accordance with the principles of efficiency, universality and solidarity, in the terms established by law. It is recognized in the legal system as a fundamental constitutional right, complemented and strengthened by international conventions and treaties ratified by the Colombian State.

With the entry into force of the General Pension System SGP (Law 100 of 1993), the legislator sought to overcome the imbalances that existed between the different models and pension schemes, creating a comprehensive and general pension system, which allows the accumulation of time and weeks worked, and generates reciprocal relationships between the different pension administration entities in order to increase their executive efficiency and expand their coverage.

Keywords: Amount; IBL; Judicial Precedent; Pension; Transition Regime.

Viviana María De La Cruz Palma
Contraloría Departamental del Atlántico.

Contacto: vivianadelacruzpalma@hotmail.es

Como citar:

De la Cruz Palma V.M. (2019). Análisis de criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto del régimen especial de pensión de vejez en la legislación laboral colombiana *Advocatus*, 16(33), 81-104. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.33.6034>



Open Access

Recibido:
22 de julio de 2019
Aceptado:
03 de septiembre de 2019

INTRODUCCIÓN

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, estableció la garantía del régimen de transición para aquellos afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultraactivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados al momento de la entrada en vigencia del nuevo Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo anterior, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición: (i) la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional; (ii) el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas para el efecto, y (iii) el monto de las mismas. El problema radica en que, respecto del concepto de monto e ingreso base de liquidación (IBL) de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, no ha existido unificación de criterio jurisprudencial, generándose con ello, además de enfrentamiento entre las Cortes, un caos jurídico que desemboca en la proliferación de tutelas interpuesta por quienes consideran vulnerado o amenazado su derecho fundamental a obtener una pensión digna que garantice su mínimo vital.

El presente trabajo de investigación desarrolla la importancia de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, el carácter vinculante de

los precedentes de las Altas Cortes, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, para así determinar cuáles son los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado relativos a las normas que gobiernan los regímenes especiales en pensiones de vejez y los parámetros de interpretación fijados por la jurisprudencia acerca del monto e IBL.

Es importante establecer si ha existido o no una real protección y reconocimiento de los regímenes de transición en materia pensional y, en desarrollo de esa premisa, determinar los parámetros de interpretación fijados por la jurisprudencia acerca del monto e IBL en el marco de los regímenes de transición.

METODOLOGÍA

Método de investigación

Para el desarrollo de esta investigación el método a aplicar es el inductivo, que permite analizar casos particulares estudiados en sede judicial por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional a través de los cuales se han reconocido o negado derechos pensionales, a fin de presentar conclusiones generales en torno a la problemática planteada.

Fuentes de recolección de información

Primarias

Como quiera que en el desarrollo de la investigación se hará énfasis en los requisitos para

pensión, aplicación de regímenes especiales y factores salariales con los cuales calcular el monto, se tendrán como fuentes primarias la información directa, originaria y proveniente de personas que tienen contacto directo con el tema en estudio, a saber: beneficiarios y cotizantes del Sistema General de Pensiones, y autoridades judiciales y administrativas.

Secundarias

Como fuentes secundarias se tendrán los documentos, artículos y publicaciones escritas que permitan lograr los objetivos planteados. De ellas se resaltan la normatividad, que hace parte del ámbito jurídico, e internet, que ofrece información al alcance.

Técnicas de recolección de información

Las técnicas de recolección de información aquí utilizados son la observación, el análisis bibliográfico, la revisión de la jurisprudencia y el marco normativo.

Jurisprudencia como fuente formal del derecho

Por oposición a las fuentes materiales que determinan el contenido de los preceptos legales, históricamente la doctrina ha entendido las fuentes formales del derecho objetivo como los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátese de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre.

La sujeción del ciudadano y del poder al orden jurídico es condición esencial de existencia del Estado de derecho. El derecho legislado, con la Constitución Política (CP) como norma de normas en la cúspide del orden jurídico interno, constituye la fuente formal primaria de nuestro sistema de derecho. En tal sentido, la Constitución (art. 4.º, inc. 2), dispone: “Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes [...]”. Y todas las personas —particulares y servidores públicos— son responsables de su infracción (CP 6, 95).

La primacía de la legislación como fuente del ordenamiento jurídico es regla de los Estados democráticos y constitucionales que dan prevalencia a las reglas de conducta dictadas por los representantes del pueblo o el propio pueblo soberano para regular el poder y la libertad a través de los procesos legislativos ordinarios o constituyentes, esto es, de la legislación como principal fuente formal del derecho. El poder vinculante de la legislación como fuente primaria del derecho es indiscutible. De este modo, la actuación de las autoridades (para el caso administrativas y judiciales), se ha de regir por lo dispuesto en las reglas constitucionales, legales o reglamentarias que conforman el sistema jurídico (CP, arts. 121 y 123), a cuya cabeza la Constitución ostenta supremacía normativa, goza de eficacia directa y es principio de interpretación de todo el ordenamiento.

Respecto del poder judicial, la Constitución ha dispuesto el funcionamiento “autónomo” de la Administración de Justicia y ha instruido a

los servidores judiciales que “sus actuaciones son independientes” (CP, art. 228). En cuanto a los jueces, la Carta Política repite el mandato superior de subordinación al orden jurídico, disponiendo para ellos que en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley” (CP, art. 230). Tal aserto lo reitera el inciso segundo de la misma norma superior, referido a la “jurisprudencia” —junto con la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho— como “criterios auxiliares” del ejercicio de la función judicial.

Así, la disposición constitucional expresa que la jurisprudencia tiene para los mismos jueces que la producen un valor de fuente auxiliar de su labor de interpretación del derecho, no estando la autoridad jurisdiccional sujeta en principio a las reglas de decisión con base en las cuales otros jueces hayan fallado casos anteriores.

Las fuentes formales del derecho son el fundamento, origen, creación, modificación o extinción de las normas jurídicas, las cuales son la legislación, la costumbre y la *jurisprudencia*, e implican que la sujeción al orden jurídico comporta un requisito esencial de todo Estado social de derecho.

Las autoridades deben someterse a la Constitución y la ley en el ejercicio de sus funciones, al igual que al principio de igualdad que la propia ley superior prescribe. Bajo este contexto, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de

serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida.

Sobre las fuentes formales del derecho algunos autores han expresado lo siguiente:

Para Carlos Aparicio (1999):

En materia de derecho, la palabra se usa también con esa idea de nacimiento, origen, lugar de formación. Esta explicación responde a la idea básica, que a la pregunta de dónde surge el derecho, como a la pregunta de dónde surge el río o arroyo, tiene una sola contestación: el derecho surge de la vida en sociedad, que es la verdadera fuente del derecho¹.

Se extrae de la definición anterior que por fuente de derecho se entiende el origen de formación de una norma, la cual puede estar determinada por las sociedades y todos los patrones jurídicos, económicos y sociales que han de regirlas.

A su vez, según Eduardo García Máynez (2005), “por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas”. Dicho autor manifiesta también que: “[...] de acuerdo con la opinión más generalizada las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia” (2005).

A juicio del autor, la fuente formal es la creación de la norma jurídica, y reitera que estas son (ya

¹ Véase http://aparicio.edu.uy/libros/1999_fuentes_del_derecho/fuentes_del_derecho.pdf

reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico): la ley, la costumbre, la jurisprudencia.

En principio, las disposiciones del artículo 230 de la Constitución Política tienen como destinatarios a las autoridades del Poder Judicial, pero se ha reiterado por vía jurisprudencial el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley y cualquier otra norma (CP, art. 4.º), la obligación para toda persona del cumplimiento de la Constitución y la ley (CP, art. 95, inc. 3) o la sujeción de todo servidor público a la Constitución, la ley o el reglamento en el ejercicio de sus funciones (CP, art. 123, inc. 2).

En suma, la Constitución Política está disponiendo que, en el orden jurídico, la ley ocupe el lugar preeminente del sistema de fuentes del derecho en todos los ámbitos de su aplicación, entendida en su acepción genérica y más comprensiva de derecho legislado y escrito, a cuya cabeza se halla la propia Constitución como ley superior.

Carácter vinculante de los precedentes de las Altas Cortes

Con relación a la jurisprudencia vinculante del precedente como criterio ordenador en la actividad de la Administración, la Corte Constitucional, en sentencia C-634 de 2011, indicó:

La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración. Esto en al menos dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii)

como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las Altas Cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad del ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores. (Corte Constitucional, sentencia C-634, 2011).

De lo anterior se entiende que existen dos circunstancias frente a las cuales la Administración debe acudir a la jurisprudencia como criterio orientador: a) cuando existan diversas interpretaciones de un texto constitucional, legal o reglamentario, a fin de garantizar la seguridad

jurídica y el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades, los cuales hacen parte de los principios consagrados en la Ley 1437 de 2011, y b) ante la discrepancia entre varios preceptos jurisprudenciales, con el objeto de acoger aquel que garantice de mejor forma posible los derechos, garantías, valores y principios constitucionales.

Posteriormente, la misma Corte resaltó que en desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos 228 y 230 de la Carta Política, a la fecha es claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes con relación al tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciera, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio (Corte Constitucional, sentencia C-461, 2013).

Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia

Ahora bien, respecto del deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, la jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la Administración. Esto en al menos en dos sentidos:

- (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y
- (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Ello en tanto esa competencia de las Altas Cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial la Administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales.

De igual modo, deberá preferirse la interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad del ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores.

Criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte constitucional respecto del régimen especial de pensión de vejez en la legislación laboral colombiana

De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-769/14, den-

tro del ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la seguridad social ha sido concebido como un servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De igual forma, se consideran servicio público esencial todas aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas pensionales, las cuales tienen por objetivo amortiguar las consecuencias del cese de la actividad laboral, lo que colateralmente permite la protección de derechos fundamentales como la vida, la salud, la vida digna, entre otros.

Al ser un derecho constitucional fundamental irrenunciable, los criterios de interpretación fácticos y jurídicos se deben realizar a la luz del derecho internacional humanitario ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, respecto de la pensión de vejez, la Corte Constitucional en sentencia SU-769/14 expresó que esta se constituye en una de las formas a través de las cuales se busca proteger a quienes, con ocasión de la disminución de producción laboral, se encuentran imposibilitados para obtener por su cuenta los medios necesarios para su subsistencia en condiciones dignas.

Bajo esta premisa, ha desarrollado unos criterios jurisprudenciales respecto de los regímenes especiales de pensión de vejez en la legislación

laboral colombiana, los cuales se señalan y analizan a continuación:

- *Sentencia C-596* (Corte Constitucional, 1997). Los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como sí sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, *para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos*. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho. [...] Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 de la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.
- *Sentencia C-177* (Corte Constitucional, 1998). Definió la pensión de vejez como un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. Por lo tanto, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años es debido al trabajador. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es

aquella prestación social que se obtiene por la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad, requisitos estos que no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente.

Determinó la Corte que una de las finalidades esenciales de la *Ley 100 de 1993*, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP, art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no solo hacía más difícil el manejo general de esta prestación, sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores.

- *Sentencia T-583* (Corte Constitucional, 2010). Define el rango fundamental que goza el derecho a la pensión, el cual nace de la suma de cotizaciones que a lo largo de los años se han descontado al trabajador, cuya normatividad se encuentra dispuesta en los *artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993*.

Consideró la Corte que se trata de una protección especial brindada por el Estado al trabajo humano mediante la garantía de los medios de subsistencia que permitan llevar una vida digna a causa de la vejez. Así las cosas, la Constitución protege a quienes por causa de la edad sufren una disminución de la producción laboral, y luego del trabajo de varios años pueden gozar de un satisfactorio descanso remunerado. Los artículos

48 y 53 de la norma superior establecen el pago de la pensión y contemplan que debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia.

- *Sentencia T-334* (Corte Constitucional, 2011). Aclaró la Corte que el legislador estableció el *artículo 36 de la Ley 100 de 1993* atendiendo a la necesidad de proteger a aquellas personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo los anteriores regímenes; es así como, en el entendido de esa corporación, la creación de un *régimen de transición* constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.

Las condiciones que dicho artículo impuso se pueden resumir así: las personas que en abril 1 de 1994 tuvieran (i) 35 años o más si son mujeres, (ii) 40 años o más si son hombres, o (iii) quince años o más de servicios cotizados.

La Corte analiza los requisitos normativos anteriores a la expedición de la *Ley 100 de 1993* y expresa que el régimen anterior al cual se encontraban los afiliados a esa fecha es el que establece las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión de vejez del

beneficiario de la transición para cada caso concreto. Así precisó, a efectos de la sentencia T-334 de 2011, que dichas especificidades se encuentran en el Decreto 758 de 1990, donde se lee:

Artículo 12. *Requisitos de la pensión por vejez.* Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a. Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad si se es mujer y,
- b. Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. (Artículo 12)

Otro aspecto importante estudiado por la Corte Constitucional en esta sentencia es el referente al *principio de favorabilidad* en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte,

la favorabilidad opera, entonces, no solo 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, criterio antes definido en la sentencia T-290 de marzo 31 de 2005.

Respecto a la controversia que se presenta cuando una norma admite varias interpretaciones señaló que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.

- *Sentencia T-201* (Corte Constitucional, 2012). Requisitos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y régimen del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990). Normatividad.

Reiteró la Corte lo expuesto en la sentencia T-334 de 2011, en cuanto al criterio de protección que el legislador quiso establecer con las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, se expresa en esta sentencia que la aplicación del régimen pensional establecido en ese decreto, especialmente en el artículo citado, ha presentado diversas y contradictorias interpretaciones:

La *primera posición* es aquella mediante la cual, para dar cumplimiento al requisito del literal b) del artículo 12 precitado, se exige que las semanas cotizadas lo sean exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales (ISS), no permitiendo la acumulación de aquellas semanas aportadas a otras entidades de previsión social, públicas o privadas. Esta postura tiene los siguientes fundamentos:

- (i) El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios para regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por ese instituto.
- (ii) Dicho acuerdo no establece la posibilidad de acumulación de semanas cotizadas a otras entidades, pues para ello existían otros regímenes, como la Ley 71 de 1988, que estableció la pensión por aportes (exigiendo para ello veinte años de aportes y las edades de 55 o 60 años, según se ha indicado en razón al sexo).
- (iii) El requisito de las quinientas semanas fue en su momento un tipo de transición para que los empleadores privados afiliaran a sus trabajadores más antiguos, a quienes no se había concedido pensión, a fin de que cotizaran en el ISS por lo menos diez años y les fuera concedida una pensión de jubilación.

La *segunda postura* surge de la lectura exegética del artículo 12, que no establece la exigencia de exclusividad en las semanas requeridas y de la

interpretación que le ha dado la Corte Constitucional, conforme a la Carta Política de 1991 (art. 53) y la Ley 100 de 1993 (arts. 33 y 36).

La Constitución indica, en efecto, que

el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [...] situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. (Art. 53)

También, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen de transición, se lee:

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

En virtud de lo anterior la Corte ha posibilitado el reconocimiento, por parte del ISS, de pensiones de vejez del régimen de transición bajo el Acuerdo 049 de 1990, acumulando semanas cotizadas a ese instituto y a otras entidades previsoras, para aquellas personas que además del requisito de edad cumplieron mil semanas de cotización en cualquier tiempo.

- *Sentencia T-408* (Corte Constitucional, 2012). Los requisitos que los beneficiarios del régimen de transición deben cumplir para que se cause su derecho a la pensión, en lo que respecta a la edad y al tiempo de servicio, deben ser los consagrados en la legislación previa a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al cual se encontraban afiliados, según cada caso particular.

Esta garantía es extensible solo a quienes se encuentran adscritos al régimen de prima media con prestación definida, en tanto la normativa pensional anterior a la ley de seguridad social era similar a este; por tanto, no es aplicable a las administradoras de fondos de pensiones que manejan el ahorro individual con solidaridad, toda vez que antes de la Ley 100 de 1993 no existían sistemas pensionales estructurados sobre la posibilidad de que los cotizantes acumularan un ahorro de capital que permitiera la consolidación del derecho a la pensión.

- *Sentencia SU-395* (Corte Constitucional, 2017). Desconocimiento y separación del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales / Derecho al régimen de transición en materia pensional, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 / monto e IBL en el régimen de transición—precedente establecido en la sentencia C-258/2013.

Se trata quizás de la sentencia con mayor trascendencia jurídica, al unificar criterios respecto del régimen de transición, el monto e IBL de la

pensión de vejez, que con anterioridad venían siendo debatidos, estudiados y resueltos de distintas maneras por las autoridades judiciales, incluso reviste importancia jurisprudencial por tratarse del estudio que, en sede de revisión, hizo la jurisdicción constitucional a sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa.

Se trata de una sentencia de unificación producto de la revisión que hizo la Corte Constitucional con fundamento en lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9.º, de la Constitución Política (2013), en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991² y 61 del Acuerdo 02 de 2015, “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”³.

En este orden de ideas, la Corte revisó los expedientes T-3358903, T-3358979, T-3364831, T-3364917 y T-3428879 (acumulados) en los que figuran como demandantes: la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE liquidada), el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), Carlos Saúl Suárez y Álvaro Córdoba Nieto, y como parte demandada el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda—Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsecciones A y B, y el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones).

2 Véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/decreto%202591.php>

3 Véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>

Procedió la Corte Constitucional a determinar si los fallos judiciales objeto de revisión desconocieron el alcance del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los parámetros de interpretación fijados frente a la forma de calcular el promedio del IBL aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto, y si, por tanto, los mismos se inscribieron en alguna de las causales específicas de procedibilidad de tutela contra sentencias judiciales, en tanto transgredieron los derechos de los actores al debido proceso y de acceso a la Administración de Justicia y, como consecuencia, sus derechos a la igualdad, a la buena fe y a la confianza legítima.

Específicamente, lo que buscó la Corte fue:

- (i) Precisar si la bonificación especial o quinquenio como factor salarial para funcionarios de la Contraloría General de la República debe computarse en su totalidad o de forma proporcional como base integrante del monto pensional.
- (ii) El alcance del concepto de IBL y su incorporación o no dentro de los parámetros aplicables al reconocimiento de pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición.
- (iii) Establecer si el régimen de transición pensional permite la aplicación del concepto de monto pensional del régimen especial anterior con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A fin de resolver los problemas jurídicos planteados, procedió a revisar la jurisprudencia vigente sobre: (v) régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales, (vi) además del alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo que respecta a la regla para liquidar el IBL y, (vii) luego de verificado el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad, (viii) aplicar las subreglas desplegadas y resolver, uno a uno, los casos concretos.

Para efectos metodológicos del presente trabajo, en este acápite se abordará el análisis de los criterios jurisprudenciales relacionados con el desconocimiento y separación del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y el derecho al régimen de transición en materia pensional, dejando en capítulo separado el análisis del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales, el alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo que respecta a la regla para liquidar el IBL y los parámetros constitucionales fijados a partir de las sentencias C-168 de 1995 y C-279 de 1996.

Desconocimiento y separación del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Consideró la Corte en la sentencia SU-395 de 2017 que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una providencia judicial se presenta en el momento en el cual una decisión

adoptada por un juez desborda los límites que la norma constitucional y la ley le reconocen, al apoyarse en una disposición jurídica evidentemente inaplicable al caso concreto.

También, que el defecto sustantivo lleva a la invalidez de la providencia judicial cuando:

- (i) la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente, (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos *erga omnes* tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva. (Corte Constitucional, sentencia SU-918, 2013)

De conformidad con el análisis realizado a la sentencia objeto de estudio se puede inferir que del grupo de fallos judiciales proferidos por el Consejo de Estado que fueron objeto de revisión vía tutela por la Corte Constitucional, se incurrió en defecto sustantivo o material, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución, al desconocerse las reglas para liquidar el IBL en el ámbito de las pensiones del régimen de transición y definirse,

dicho sea de paso, el alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo asunto fue objeto de debate transversal tanto en primera como en segunda instancia por los jueces administrativos en cada uno de los casos.

Criterios jurisprudenciales desarrollados por el Consejo de Estado respecto del régimen especial de pensión de vejez en la legislación laboral colombiana

En cuanto al régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones y del IBL en el régimen de transición, el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, había establecido sus propias tesis o líneas jurisprudenciales, más allá de los pronunciamientos que al respecto hubiere realizado la Corte Constitucional.

No obstante, debido a los distintos criterios de interpretación y aplicación que se presentaban en la jurisdicción contencioso administrativa, el 28 de agosto de 2018 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profirió sentencia de unificación de jurisprudencia respecto del criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual, por fijar en sus consideraciones los diversos criterios jurisprudenciales que sobre el tema de la presente investigación había desarrollado esa alta corporación, tomaremos como base, así:

Del régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones

Invocando varias sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional,

consideró el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa que:

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 1968⁴, la Ley 33 de 1985⁵ y el Acuerdo 049 de 1990, Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. 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 sistema.

El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos derechos, garantías o beneficios adquiridos y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, 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.

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 ultraactiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobijaba, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin de que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En virtud del Acto Legislativo 1 de 2005⁶, 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 de que los beneficiarios contaran con setecientas cincuenta semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho acto legislativo.

Ahora bien, consideró el Consejo de Estado que sin desconocer los alcances de la Ley 100 de 1993 no puede pasarse por alto, como lo dijo la Corte Constitucional (sentencia C-540, 2008), la vigencia de la Ley 33 de 1985, la cual, aducen, aún produce efectos jurídicos para el grupo de personas cobijadas por el régimen de transición.

Para aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición y 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, el cual rige en materia laboral.

4 Decreto 3135 de 1968 (diciembre 26), "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".

5 Ley 33 de 1985 (enero 29), "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público", disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=248>

6 Véase http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html

Concluyó la corporación que quienes fueran beneficiarios del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, al momento de consolidar su estatus 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 *ibidem*, lo que les resulte más favorable.

El ingreso base de liquidación en el régimen de transición

El criterio jurisprudencial del Consejo de Estado sobre IBL es que la aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, así como 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 ultraactivos dados a los mismos.

Aduce además que 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 liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2 que les faltaran menos de diez años para adquirir el derecho, definiendo así uno de los elementos del monto pensional.

La tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre aplicación inescindible del elemento 'monto' para las pensiones reconocidas bajo los regímenes anteriores se explica en que la palabra 'monto' debe entenderse como la liquidación aritmética del derecho, realizada precisamente con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Ello en virtud del efecto útil de la última regla del inciso 2, en la medida en que no existen condiciones y requisitos distintos a los ya señalados en la norma para acceder al derecho. El inciso 3 del artículo 36 prevé un ingreso base y una liquidación aritmética diferente de la que se deduce del inciso 2, en la cual 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, según mandato del artículo 53 de la Constitución Política se debe tener en cuenta la regla más favorable, o sea la prevista en el inciso 2.

En otra oportunidad, la Sección Segunda consideró:

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. (Consejo de Estado, sentencia del 30 de noviembre de 2000)

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 del 23 de noviembre de 2000, radicación 2936-1999, C. P. Ana Margarita Olaya Forero; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04), C. P. Jesús María Lemos Bustamante; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicación 15001-23-31-000-2003-02794-01(1564-06), C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 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 del 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 del 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 del 17 de abril de 2013, radicación 25000-23-25-000-2010-00898-01(0112-12), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

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 2 del citado artículo 36, necesariamente comprende el IBL como uno de los elementos protegidos por el régimen de transición y, de esta manera, lo ha reiterado en varios pronunciamientos.

Sentencia de unificación de la Corte Constitucional respecto del monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales – artículo 36 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el criterio unificador plasmado en la sentencia SU-395 de 2017, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ofreció a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional beneficios que implicaban el efecto ultraactivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones.

La transición pensional quedó establecida en los siguientes términos:

Artículo 36. *Régimen de transición.* La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará

en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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.

Parágrafo. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1.º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio⁷.

En virtud de lo anterior, la garantía del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite que: i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio (o número de semanas cotizadas), y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el benefi-

⁷ Véase http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

ciario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), y encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición.

Esta disposición fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

- (i) Las mujeres con 35 o más años de edad, al 1 de abril de 1994.
- (ii) Los hombres con 40 o más años de edad, al 1 de abril de 1994.
- (iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince años o más de servicios cotizados, al 1 de abril de 1994.

De esta manera, a criterio de la Corte Constitucional, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional basta cumplir uno de estos requisitos, con lo cual el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) el monto de la pensión de vejez.

En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

- La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.

- El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.
- El monto de las mismas.

La problemática reside, esencialmente, en no ser uniforme el criterio que se aplica al concepto de *monto*, 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, y si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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 ultraactiva 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 IBL. 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.

Advierte que por vía de las recién comentadas sentencias la Corte Constitucional no hizo

ningún pronunciamiento específico sobre si el monto estaba ligado o no al concepto de IBL, ni con posterioridad a ello en las sentencias C-1056 de 2003 y C-754 de 2003, en las que se declararon inexequibles las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003⁸ y 4.º de la Ley 860 de 2003⁹ al inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sentencia de unificación del Consejo de Estado respecto del ibl en el régimen de transición

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial en el proceso referenciado a continuación:

Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro

Demandado: Caja Nacional de Previsión Social EICE, en liquidación

El ingreso base de liquidación del inciso 3 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.

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

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

— Si faltaren menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL 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 faltaren más de diez años, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Dichas reglas no cobijan a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

8 Ley 797 de 2003 (enero 29), "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales", Diario Oficial, núm. 45079, disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

9 Ley 860 de 2003 (diciembre 26), "Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial, núm. 45.415, disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0860_2003.html

Para el caso de los docentes, estableció:

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 [...] ¹⁰.

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 (art. 15).

Esta regulación fue ratificada por el Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

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. (Parágrafo transitorio 1)

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 (art. 81 de la Ley 812 de 2003).

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.

CONCLUSIONES

Son amplios los debates a nivel doctrinario, académico y jurisprudencial respecto del régimen especial de pensión de vejez en la legislación laboral colombiana, siendo los requisitos de

¹⁰ Ley 812 de 2003 (junio 26), "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, Hacia un Estado Comunitario", *Diario Oficial*, núm. 45231, disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html

edad, semana de cotización e ingreso base de liquidación previstos en el régimen de transición los promotores de la expedición de múltiples sentencias judiciales a través de las cuales se ha buscado —a veces erradamente— establecer un criterio de unificación en la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa.

Respecto de los dos primeros presupuestos (edad y semanas cotizadas), no ha habido mayor dificultad en su interpretación. Sin embargo, frente al tercero de ellos, esto es, el ‘monto’, cabe decir que ha sido objeto de amplios debates judiciales, al no ser uniforme el criterio que se aplica a dicho concepto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición.

El criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional se sintetiza en que la garantía del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite que: i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio (o número de semanas cotizadas), y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), y encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1 *ibídem*, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición; sin embargo, aclara que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente cubre los requisitos relacionados con la edad, el tiempo

de servicios y la tasa de reemplazo, *pero no así* el IBL, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos diez años de servicios.

Por su parte, el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado ha sido unificado en reciente sentencia 2012-00143-01, en la cual se determinó que el ingreso base de liquidación del inciso 3 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 para efectos de liquidar el IBL se deberán tener en cuenta las dos subreglas, con excepción de los docentes, a quienes se les aplica el régimen especial pensional previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas que lo aclaren, modifiquen o complementen.

Como pudo observarse, son múltiples sentencias —de las cuales se tomó una muestra para el presente trabajo— que han desarrollado criterios jurisprudenciales en un sentido u otro respecto del régimen especial de pensión de vejez atendiendo las circunstancias concretas de cada caso; por lo tanto, mal podría determinarse con plena certeza si los criterios jurisprudenciales de una jurisdicción u otra constituyen la garantía más favorable, puesto que en algunos casos dichos criterios no consultan la Constitución ni los tratados internacionales ratificados por Colombia, lo que a todas luces no solo contraría el ordenamiento jurídico, sino que vulnera derechos adquiridos y expectativas legítimas.

En todo caso, siempre será el ciudadano del común quien, de acuerdo con sus propias circunstancias fácticas y jurídicas, resulte beneficiado o perjudicado con la aplicación de los diferentes criterios jurisprudenciales de las Altas Cortes, los cuales a su vez se convierten en los llamados precedentes que por disposición constitucional tienen carácter vinculante para las autoridades administrativas y judiciales.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente (2013). *Constitución política de Colombia*. Bogotá: Legis.
- Cerra Nolasco, E. (2018). Dimensión jurídica del Estado social de derecho. *Advocatus*, 15(30), 49-65. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5040>
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (2000). Sentencia del 30 de noviembre. Radicación: 2004-2000. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (2000). Sentencia del 23 de noviembre. Radicación 2936-1999. Consejero ponente: Ana Margarita Olaya Forero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (2011). Sentencia del 8 de agosto. Radicación: 25000-23-25-000-2003-08611-01(0447-09). Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (2013). Sentencia del 17 de abril. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00898-01(0112-12). Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (2006). Sentencia del 16 de febrero. Radicación: 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04). Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (2007). Sentencia del 22 de noviembre. Radicación: 19001-23-31-000-2000-03034-01(2502-05). Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (2008). Sentencia del 6 de marzo. Radicación: 25000-23-25-000-2003-04619-01(4799-05). Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación: 15001-23-31-000-2003-02794-01(1564-06). Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Colombia. Corte Constitucional (1997). Sentencia C-596 del 20 de noviembre. Referencia: expediente D-1679. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia. Corte Constitucional (1998). Sentencia C-177 del 4 de mayo. Referencia:

- expediente D-1825. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional (2003). Sentencia C1056 del 11 de noviembre. Referencia: expediente D-4500. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia. Corte Constitucional (2003). Sentencia C1056 del 11 de noviembre. Referencia: expedientes D-5092 y 5093 (acumulados). Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia. Corte Constitucional (2008). Sentencia C-540 del 28 de mayo. Referencia: expediente D-6930. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional (2010). Sentencia T-583 del 22 de julio. Referencia: expediente 2591631. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia C-634 del 24 de agosto. Referencia: expediente D-8413. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia T-334 del 4 de mayo. Referencia: expediente 2892812. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia T-201 del 14 de marzo. Referencia: expediente T-3262564. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional (2013). Sentencia C-461 del 17 de julio. Referencia: expediente D-9446. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional (2013). Sentencia SU-918 del 5 de diciembre. Referencia: expediente T-3894950. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional (2017). Sentencia SU-395 del 22 de junio. Referencia: expedientes T-3358903, T-3358979, T-3364831, T-3364917 y T-3428879 (acumulados). Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Cossío Blandón, F., e Hinestroza Cuesta, L. (2017). La evaluación y seguimiento de las políticas ambientales: una etapa en el olvido. *Advocatus*, 2(29), 87-104. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1671>
- Decreto 3135 de 1968 (26 diciembre de 1968), por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.
- De La Cruz, V. (2015). *Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional para las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias*. Barranquilla: Universidad Libre, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Programa de Especialización en Derecho Constitucional.

García Máynes, E. (2005). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa.

Ley 33 de 1985 (enero 29), “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”, recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=248>

Ley 797 de 2003 (enero 29), “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales”, *Diario Oficial* núm. 45079, recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

Ley 812 de 2003 (junio 26), “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 Hacia un Estado Comunitario”, *Diario Oficial* núm. 45231, recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html

Ley 860 de 2003 (diciembre 26), “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* núm. 45415, recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0860_2003.html

Muñoz Ruiz, J., Cardona Acosta, J., Velásquez Ochoa, J., y Chirinos Araque, Y. (2018).

Elementos de la neuroplanificación presentes en el proceso estratégico de las universidades privadas del estado Zulia. *Advocatus*, 15(30), 111-133. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5044>

Osorio Gutiérrez, M. (2018). Registro único de proponentes para *dummies*. *Advocatus*, 15(30), 27-48. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5039>

Romero Marín, L. C., e Ibarra Lozano, J. E. (2017). La pensión especial anticipada de vejez: un análisis desde la perspectiva de la teoría de la eficacia simbólica del derecho. *Advocatus*, 2(29), 41-57. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1656>

Páginas web

http://aparicio.edu.uy/libros/1999_fuentes_del_derecho/fuentes_del_derecho.pdf

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html

<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>