

Transición de Pensiones del Régimen General en el Estado Social de Derecho

Ángela Janeth Rivera Silva

Universidad EAFIT

Junio de 2016

Trabajo de grado para optar por el título de

Maestría en Derecho Público

Asesor

Magister Antonio Barboza Vergara

Nota del Autor

Ángela Janeth Rivera Silva, Escuela de Derecho, Universidad EAFIT

La información correspondiente a este documento deberá ser enviada a la Escuela

de Derecho, Universidad EAFIT, Carrera 49 N° 7 Sur-50. Email:

angerisi2010@gmail.com

Resumen

Luego de efectuar un análisis dinámico y estático de la jurisprudencia de las Altas Cortes, el presente trabajo pretende proponer la forma adecuada de interpretar el régimen de transición, en relación con el servidor público del régimen general dentro del sistema general de pensiones tanto para la adquisición, como la liquidación de la pensión.

Si bien existen dos posiciones jurisprudenciales que tienen como punto de encuentro los requisitos para acceder a la pensión del servidor público que se encuentra en régimen de transición, las mismas se dispersan en cuanto a la forma de liquidar la pensión.

Por lo tanto, dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, así como de la mano de los principios de la seguridad social, se concluye que la posición jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, que corrobora la interpretación de la Corte Suprema de justicia, contribuye a la realización de los postulados de dignidad humana, solidaridad, trabajo, prevalencia del interés general y sostenibilidad fiscal, éste último, incorporado por el Acto Legislativo 01 de 2005 que reformó el artículo 48 de la Constitución Política que consagra el derecho a la seguridad social.

Finalmente, el presente trabajo es una propuesta académica encaminada a dar más elementos entorno a los problemas evidenciados respecto al régimen de transición.

Palabras claves: Estado Social de Derecho, Sistema General de Pensiones, Seguridad Social, Régimen de transición, Servidor Público.

Abstract

After making a dynamic and static analysis of the jurisprudence of the High Courts, this paper intends to propose the appropriate way to interpret the transitional regime in relation to the public servant under the general scheme within the overall pension system for both the acquisition such as the liquidation of the pension.

While there are two legal positions that have as a meeting the requirements to access the public servant pension is in transition regime, they are dispersed as to the liquidation of the pension.

Therefore, within the concept of the rule of law and the hand of the principles of social security, it is concluded that the jurisprudential position taken by the Constitutional Court in the judgment SU-230 of 2015, which corroborates the interpretation of the Supreme Court of Justice, contributes to the realization of the principles of human dignity, solidarity, work, prevalence of general interest and fiscal sustainability, the latter incorporated by Legislative Act 01 of 2005 which amended Article 48 of the Constitution policy which enshrines the right to social security.

Finally, this paper is an academic proposal to give more elements around the problems evidenced regarding transitional regime.

Keywords: Rule of Law, General Pension System, Social Security, Régime of Transition,
Public Servant.

Tabla de contenido

Introducción	1
Capítulo 1 El Estado Social De Derecho Y La Seguridad Social.....	4
1.1. El origen del Estado Social de Derecho.....	4
1.2. Principios constitucionales del Estado Social de Derecho:	9
1.2.1 Principio de Dignidad Humana.	9
1.2.2. Principio del Trabajo.	10
1.2.3. Principio de solidaridad.	12
1.2.4 Principio de Prevalencia del Interés General.	14
1.3. El derecho a la seguridad social y su carácter fundamental:.....	16
1.3.1. El derecho a la seguridad social en la Constitución de 1991.....	16
1.3.2. El derecho a la seguridad social en el derecho internacional.	20
Capítulo 2 Sistema General De Pensiones Y Seguridad Social En Colombia	23
2.1. El Sistema de Pensiones antes de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993.....	23
2.2. El Sistema de pensiones después de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993.....	27
2.3 Regímenes pensionales creados a partir de la Ley 100 de 1993:.....	30
2.3.1 Régimen solidario de prima media con prestación definida:.....	31
2.3.2 Régimen de ahorro individual con solidaridad:.....	33
2.4. Principios de la Seguridad Social en Colombia:.....	35

2.4.1. Principio de Eficiencia.....	35
2.4.2. Principio de Universalidad.	37
2.4.3. Principio de Solidaridad.	38
2.4.6. Principio de sostenibilidad financiera:.....	39
2.4.4. Principio de progresividad:.....	40
2.4.5. Principio de favorabilidad:	42
Capítulo 3 Régimen de Transición de los Servidores Públicos del Sistema General de Pensiones	
.....	49
3.1. Orígenes del régimen de transición:.....	49
3.2. Servidores públicos a quienes se aplica el régimen general de pensiones.	52
3.3. Régimen de transición de la ley 100 de 1993.	54
3.4. Liquidación de la pensión antes de la Ley 100 de 1993.	57
3.5. El concepto de Ingreso Base de Liquidación en la Ley 100 de 1993.	59
3.6 Factores salariales que conforman el Ingreso Base de Liquidación:	64
Capítulo 4 Análisis Dinámico y Estático del Precedente de la Corte Constitucional Frente al Régimen de Transición	67
4.1. Primer período de la Corte Constitucional 1992 – 1999.....	68
4.2 Segundo período de la Corte Constitucional 2000 – 2008.	74
4.3 Tercer período de la Corte Constitucional 2009 – 2015.....	86
Capítulo 5 Análisis Dinámico y Estático del Precedente de la Corte Suprema de Justicia Frente al Régimen de Transición	99
5.1. Como deben liquidarse las pensiones en Régimen de Transición:	100
5.2. Factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión:	106

Capítulo 6 Análisis Dinámico y Estático del Precedente del Consejo de Estado Frente al Régimen de Transición.....	115
6.1. Problema jurídico en torno a la noción de monto de la pensión.....	116
6.2. Problema Jurídico en torno a los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión.	123
6.2.1. Primera posición: la liquidación de la pensión se efectúa sobre factores taxativos señalados en la norma:	124
6.2.2. Segunda Posición: la liquidación de la pensión se realiza con los factores sobre los cuales se realizaron aportes:.....	128
6.2.3. Tercera posición: los factores salariales para liquidar la pensión, son enunciativos:	129
Capítulo 7 Los problemas derivados de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales.....	140
7.1. Primer Problema: Las interpretaciones de las administradoras de pensiones frente a la aplicación del régimen de transición:	142
7.2 Segundo Problema: Jurisdicción que debe dirimir las controversias del régimen de transición.....	145
7.3 Tercer Problema: Incremento del pasivo pensional por la reliquidaciones de pensiones, con factores salariales por los cuales no se cotizo.	148
Capítulo 8 ¿Cuál debería ser la interpretación en torno al régimen de transición del servidor público, en régimen general de pensiones?.....	160
8.1. Régimen de transición vs derechos adquiridos.	161
8.2. Régimen de transición e Ingreso base de liquidación.	164
8.2.1. El Régimen de transición y la inescindibilidad de la norma.	169

8.2.2. Régimen de transición vs principio de favorabilidad:	171
8.2.3. Régimen de transición vs el principio de la condición más beneficiosa:	172
8.2.4. Régimen de transición vs principio de progresividad:	173
8.3. Régimen de transición y su interpretación correcta:	177
Conclusiones	182
Lista de Referencias	190

Lista de Tablas

Tabla 1. Categoría de aportes:	58
Tabla 2. ¿El régimen de transición constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia?	74
Tabla 3. ¿El régimen de transición constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia y si lo es, que régimen pensional, en materia de requisitos y liquidación, debe aplicarse?	85
Tabla 4. ¿El régimen de transición a la luz de los principios de la seguridad social, dentro del marco del Estado Social de Derecho constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia y si lo es, que régimen pensional, en materia de requisitos y liquidación, debe aplicarse?	97
Tabla 5. ¿Cómo deben liquidarse las pensiones del régimen de transición, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?	106
Tabla 6. ¿Qué factores salariales hacen parte de la liquidación de la pensión?.....	112
Tabla 7. ¿Cómo debe liquidarse el monto de la pensión que se reconoce por el Régimen de Transición?.....	123
Tabla 8. ¿Qué factores salariales hace parte de la liquidación de la pensión que se reconoce por el Régimen de Transición?	139
Tabla 9. Factores salariales, según la norma que se aplique.....	153
Tabla 10. Requisitos pensionales, según la disposición legal.....	175
Tabla 11. Montos de cotización a cargo de empleador y empleado.	177

Introducción

Con la Constitución Política de 1991, Colombia se erigió como un estado social de derecho, y consagró en el artículo 48, la seguridad social, como un derecho irrenunciable, de carácter obligatorio, sujeto a principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Con el nuevo Sistema de Seguridad Social, dentro del marco del Estado Social de Derecho, el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social, correspondiéndole por lo tanto a través de los principios de la seguridad social, la administración y vigilancia del sistema, a fin de garantizar cobertura y sostenibilidad fiscal en seguridad social; sin embargo, también le compete a la sociedad, bajo los principios de solidaridad y participación contribuir a lograr dichos objetivos.

El régimen pensional establecido con la Ley 100 de 1993 dispuso por lo tanto que se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, sin embargo, en aras de no perjudicar a los Servidores Públicos que habían consolidado derechos, bajo la anterior multiplicidad de regímenes de pensión existentes, conservó los beneficios adquiridos conforme a normas anteriores para las personas que a la fecha de su entrada en vigencia hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión, o para quienes no habiendo adquirido el derecho a la pensión, cumplieran determinados requisitos para posteriormente acceder al mismo, a lo cual se le denominó Régimen de Transición.

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y la consagración constitucional del principio de sostenibilidad fiscal, tanto el artículo 48 de la Constitución Política como el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sufrieron varias modificaciones, limitándose este último, principalmente en tiempo hasta el 31 de diciembre del 2014.

El presente trabajo pretende por lo tanto, revisar dentro del marco del estado social de derecho, los principios de dignidad humana, trabajo, solidaridad, prevalencia del interés general y sostenibilidad financiera, así como los principios de la seguridad social, las diferentes interpretaciones que han surgido a nivel jurisprudencial respecto de la aplicación del régimen de transición para los servidores públicos que se encuentran en el sistema general de pensiones.

Dentro de sus contenidos, sólo se hace referencia a las pensiones de los servidores públicos del Sistema General, a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985 o la Ley 6 de 1945, y para quienes existen diferentes interpretaciones jurisprudenciales a nivel de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado en la forma como se aplica el Régimen de Transición Pensional.

Se parte de la hipótesis de que en el país existe un escenario jurisprudencial contradictorio en materia pensional, porque si bien en virtud de la transición pensional, creada con la Ley 100 de 1993, se permite la aplicación de unos requisitos para el otorgamiento de la pensión previstos en el régimen anterior, la interpretación que se hace del mismo, genera diferentes posturas que pueden

ser no coherentes con el Estado Social de Derecho y en especial con sus principios de prevalencia del interés general y sostenibilidad financiera, generando déficit pensional.

Se tendrá como punto de partida el Estado Social de Derecho y sus principios, luego se describirá el sistema general de pensiones creado con la Ley 100 de 1993 y cada uno de los principios que lo rigen, así como el régimen de transición y cada uno de sus elementos; se continuará, de la mano de la metodología de Diego López Medina (2006), con un análisis dinámico y estático de las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, revisando jurisprudencia desde 1993 al 2015 en relación con el régimen de transición pensional; para posteriormente señalar los problemas que considero generan las diferentes interpretaciones existentes. Finalmente se hará un último capítulo, en el cual se expondrá la interpretación que debería existir en la aplicación del régimen de transición pensional en Colombia para los servidores públicos del sistema general de pensiones.

Con todo lo anterior, se pretende, partiendo de un tema que llamó mi atención en el campo laboral¹, aportar a la academia un conocimiento descriptivo sobre un tema disperso en seguridad social, que tiene muchos desarrollos pero pocos puntos de encuentro.

¹ Cuando me desempeñe como Directora Jurídica (2012 – 2016) de la administradora de pensiones territorial que administra el régimen de prima media en pensiones: Pensiones de Antioquia – Establecimiento público del orden departamental de la Gobernación de Antioquia que administra las pensiones de los ex servidores públicos que en su momento se afiliaron a fondo.

Capítulo 1

El Estado Social De Derecho Y La Seguridad Social

El presente capítulo recoge los conceptos generales sobre Estado Social de Derecho y la seguridad social, con los cuales le daré contexto al problema de investigación en relación con las diferentes interpretaciones existentes en torno al régimen de transición que se aplica a los servidores públicos del régimen general de pensiones. Estos conceptos adquieren relevancia a fin de establecer la posición correcta frente a las controversias que se vienen suscitando con los diferentes planteamientos jurisprudenciales al respecto.

1.1. El origen del Estado Social de Derecho.

A partir de la Constitución Política de 1991 se proclamó un Estado Social de Derecho, “organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”²

En esta medida, son pilares fundamentales del Estado Social del Derecho, la dignidad humana, la solidaridad, el trabajo y la prevalencia del interés general sobre el particular. Siendo la

² Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991

persona y su dignidad el máximo valor constitucional, cuyo reconocimiento implica consecuencias económicas y sociales, correspondiéndole por lo tanto al Estado, ser un instrumento de justicia social para la redistribución de la riqueza y corrección de excesos individuales y colectivos. (T-533, 1992)

O como la misma Corte lo define, es un Estado, en el cual se garantizan: “...estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad” (T-406, 1992)

A la par, son finalidades del Estado “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” y “Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”³.

El profesor Quinche Ramírez señala al Estado Social de Derecho, como el resultado de una supresión progresiva de las arbitrariedades del aparato estatal sobre el ciudadano y una mayor evolución del Estado, al establecer límites al ejercicio del poder, bajo tres dimensiones, una primera referida a la obligación de los poderes públicos de velar por la distribución e igualdad de los bienes materiales; otra relacionada con el deber de interpretar los derechos fundamentales en favor del individuo y la sociedad, y una tercera dimensión referente a la articulación democrática de la sociedad. De esta suerte, se pasó de un Estado absolutista, en donde el poder dependía de una sola persona, de un poder soberano; a un Estado de Derecho, en el cual la Ley es el elemento central de la organización, en la cual se consagran los poderes y la forma de ejercerlos, así como

³ Artículo 366 de la Constitución Política.

la enunciación de los derechos del ciudadano; y de éste, a un Estado Social de Derecho, el cual no se limita sólo a reconocer derechos a los individuos, sino a conceder la efectividad de los mismos como beneficios que deben ser otorgados a sus titulares, sin caer en excesos, sino como un instrumento de justicia social. (Derecho constitucional Colombiano, 2015, págs. 49 - 51)

La Corte Constitucional, en varias sentencias se ha referido al origen del Estado Social de Derecho, pero particularmente la sentencia T-406 de 1992⁴ se convirtió en hito, por cuanto en la misma efectúa un recuento histórico, conforme al cual, lo define como el producto de grandes transformaciones institucionales en las principales democracias del mundo.

Explica así la Corte, la concepción socio-política del Estado Social de Derecho desde dos puntos de vista, uno cualitativo y otro cuantitativo. El cualitativo para referirse al Estado de Bienestar o Welfare State, como el que garantiza unos estándares mínimos a los ciudadanos bajo la idea de derecho y no de caridad⁵, y el cuantitativo, para hacer alusión al Estado Constitucional Democrático, como el control político y jurídico al ejercicio del poder, con la consagración de unos derechos fundamentales que deben inspirar el funcionamiento de la organización política⁶.

⁴ Corte Constitucional, 5 de Junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁵ Surgido tras la gran depresión del 29 y como respuesta a los movimientos sociales, especialmente obreros, y reivindicaciones populares provenientes de la Revolución Rusa y Mexicana. Con la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, los Estados Liberales introdujeron grandes reformas no sólo legislativas, sino sociales, por cuanto los derechos sociales comenzaron a tener una consagración legal, sin embargo, garantizar su goce tenía repercusiones económicas, sociales y políticas (Bermúdez Alarcón, 2012, pág. 20). El Estado de Bienestar, tuvo su origen, como lo señala Salazar Silva, al citar a Rafael Muñoz de Bustillo (2006, pág. 128) en cuatro elementos fundamentales, la revolución industrial, la construcción de propuestas sociales y políticas alternativas al capitalismo, el principio de sostener el bienestar social y la intervención estatal con base en la teoría de Keynes⁵. Pretendía, garantizar a la población unos derechos sociales entre los cuales se encuentran la salud, la vivienda, la alimentación, el salario mínimo y la educación, además de incorporar a los trabajadores al crecimiento económico.

Para Salazar Silva (2006, pág. 132) al citar a Mishra, "...el Estado de Bienestar pretendía hacer al capitalismo liberal económicamente más productivo y socialmente más justo."

⁶ El Estado constitucional Democrático o Estado Liberal, surgido luego de la revolución francesa (1789) y la independencia de los Estados Unidos (1783), con el cual se puso fin al absolutismo, consagró los derechos civiles y políticos en favor de la población, quienes los podían ejercer de manera libre, mientras que con su ejercicio no se lesionara la libertad de otros; así como el principio de legalidad, en tanto el poder se encuentra sometido a la ley. Según Cordeiro López (2011), en esta forma de Estado se concibe la Constitución "como un conjunto de normas que consagran derechos básicos de las personas y reglas sobre

De esta manera, existe una “...pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos...” (T-406, 1992)

Igualmente, en la sentencia C-1064 de 2001⁷, la Corte Constitucional señaló que en el Estado Social de Derecho “...la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.”

Con el modelo de Estado Social de Derecho se busca lograr la eficacia de los derechos, desde dos dimensiones: Una, el papel que juega el Estado, por cuanto busca garantizar que los individuos puedan tener acceso, en condiciones de igualdad, a un buen servicio de salud, a la seguridad social integral, a la educación, el trabajo, la alimentación y a tener una participación activa en la democracia del país. Lo que se justifica en una sociedad donde operan grandes desigualdades y entonces lo que se pretende, es atacar esas desigualdades hoy todavía existentes; y otra, es el papel que juega el órgano judicial, a quien le corresponde darle contenido, alcance y aplicación a los derechos. Como lo señala la Corte Constitucional, al citar a Aristóteles (T-406,

los poderes del Estado” En el Estado Constitucional no existía un reconocimiento expreso de los derechos sociales, y estos eran entendidos sólo como deberes jurídicos o morales, debiendo los pobres o desvalidos ser ayudados por la iniciativa individual o la beneficencia pública (Arango Rivadeneira, 2015, pág. 1680). En Alemania y España, por ejemplo, los derechos sociales, sólo tenían una consagración legal y por lo tanto su goce continuaba siendo objeto de luchas políticas (Arango Rivadeneira, 2015, pág. 1681). Para la Corte Constitucional, esta manifestación del Estado se da “...sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”.

⁷ Corte Constitucional, 10 de octubre de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

1992), el problema es el “de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez”.

Para la Corte Constitucional, con el Estado Social de Derecho se establece una nueva forma de interpretar el derecho, por cuanto hay una “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (T-406, 1992). En esta medida, el término social, significa que la acción del Estado se encamina a garantizar condiciones de vida dignas y contrarrestar las desigualdades sociales existentes (SU-747, 1998).

El estado social de derecho supone la superación de un concepto formal de Estado de Derecho, limitado a proporcionar garantías para la libertad legal de las personas y reflejar los intereses de los propietarios, comerciantes y empresarios; a cambio de un concepto material, conforme al cual se busca la efectividad de derechos y deberes, lo que se materializa en la promoción de la participación de las personas en la vida política, económicas y cultural, en la protección especial de grupos marginados, y en la intervención en la económica para dar prioridad, dentro del gasto social, a la solución de necesidades insatisfechas bajo parámetros de igualdad material, sin caer en asistencialismos o paternalismos, sino bajo conceptos de repartos de recursos escasos. (C-1064, 2001)

1.2. Principios constitucionales del Estado Social de Derecho:

1.2.1 Principio de Dignidad Humana.

Es un pilar fundante del Estado Social de Derecho, conforme al cual, al individuo se le debe garantizar un mínimo de necesidades, sin las cuales no podría garantizarse su libertad y su igualdad. En este sentido la dignidad humana es intrínseca a la naturaleza misma del ser humano, y como tal, irrenunciable, debiendo ser garantizada por el ordenamiento jurídico.

Con el establecimiento del Estado Social de Derecho, el individuo pasa a ser el principio y fin del Estado, quien debe garantizar su desarrollo y calidad de vida. Así, la dignidad se refiere en esencia a la calidad de vida de las personas, las cuales, para ejercer su autonomía y participar activamente en el desarrollo de la sociedad, requieren un contexto en el que el Estado les garanticen ciertas condiciones de igualdad, convivencia armonía, pluralismo y en general la integridad al ser humano (Cárdenas Rivera, 2004, pág. 161).

También lo ha expresado en estos términos, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 1992⁸, para quien, al ser el sujeto la razón de ser y el fin del poder político, el Estado no debe propender solo por su materialidad ontológica, sino por su dignidad, la cual hace referencia a su calidad de vida, en esta medida, se debe proveer la satisfacción necesidades sociales.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 3 de junio 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...”.

Señala Cárdenas Rivera, al citar a Morón: “sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto –de la dignidad humana– en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo” (2004, pág. 162).

Quinche Ramírez lo interpreta como uno de los valores supremos del Estado Social de Derecho, la cual deriva de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano que señala: “El imperativo práctico será así pues el siguiente: obra de tal modo que uses la humanidad tanto en su persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como un fin, nunca meramente como medio.” De esta manera el ser humano no puede ser instrumentalizado por otro, como un objeto, siendo así la dignidad humana un derecho fundamental (2015, págs. 53-54).

1.2.2. Principio del Trabajo.

La Constitución Política consagra el trabajo como un derecho fundamental en el artículo 25, al señalar que: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Conforme a los artículos 25 y 35 de la Constitución, el Estado debe garantizar a las personas que puedan adquirir de manera libre, un trabajo digno. De esta forma, el Estado Social, por medio

de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, pasa a ser agente de estímulo en la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo.

El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ frente al derecho al trabajo, por un lado, establece que el mismo comprende la posibilidad que tiene toda persona de acceder a un empleo libremente escogido por ella; y de otro lado, le señala a los estados parte, la necesidad de tomar las medidas que permitan garantizar la efectividad del derecho, así: “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

Al ser este principio otro de los pilares del Estado Social de Derecho, se convierten en una de las garantías que el Estado debe brindar al ciudadano, durante su vida productiva, con el fin de contribuir, según el preámbulo de la Constitución política, a un orden político, económico y social justo y al mantenimiento de unas relaciones económicas, sociales y laborales acordes con las necesidades existentes en la comunidad.

⁹ Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

1.2.3. Principio de solidaridad.

Lo encontramos desde el artículo primero de la Constitución Política, referida a las personas que integran el estado. En torno a la solidaridad, la Corte Constitucional en la sentencia T-125 de 1994¹⁰, ha señalado que es un valor que presenta tres connotaciones, así:

Frente a la organización política, porque el Estado debe garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, prestando asistencia a quienes se encuentren en situación de inferioridad o indefensión, bien indirectamente, a través del gasto social, o de manera directa adoptando las medidas a que haya lugar en su favor. Todo ello sin convertirse en un benefactor, sino promocionando las capacidades de las personas, para que cada quien pueda lograr la satisfacción de sus necesidades (C-459, 2004).

Como criterio interpretación para el momento de analizar acciones u omisiones de los particulares que vulneran los derechos fundamentales. La Corte Constitucional manifiesta que los deberes señalados en la Constitución política sólo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma jurídica que defina su alcance y significado de manera precisa, no obstante, en algunos casos, esos deberes constitucionales, pueden ser exigidos de manera inmediata directamente por el juez constitucional, cuando una persona con su conducta compromete sin una razón suficiente y proporcionada, los derechos fundamentales de otras personas (T-801, 1998).

¹⁰ Sentencia T-125 del 14 de marzo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en tutela interpuesta por un padre contra su hijo, para que le suministre información de un negocio jurídico

Como pauta de comportamiento para que las personas obren en determinadas situaciones, referida a la cooperación de cada uno de los ciudadanos, con el fin de crear condiciones favorables para la construcción y mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos, es decir la articulación de voluntades, para la convivencia pacífica. En estos términos, cada individuo en comunidad debe cooperar con el otro, para facilitarle el ejercicio de sus derechos, o para lograr el interés colectivo. (T-434, 2002)

También en las sentencias C-126 de 2000¹¹ y C-529 de 2010¹², ha manifestado la Corte, que la solidaridad es un deber que tienen todas las personas, por el sólo hecho de pertenecer a la sociedad, "...consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo". En tal sentido, es un principio que implica ayuda mutua entre las personas, y no solamente al Estado.

En esta medida, ésta dimensión del principio de solidaridad, se impone a todas las personas como un deber, por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social. (T-550, 1994)

Este principio también tiene una doble regulación, en el sentido de que además de ser un principio constitucional, también es un principio legal. La misma Constitución Política en el artículo 48, al regular el derecho constitucional a la seguridad social, lo consagra como uno de sus pilares, el cual posteriormente va a ser regulado especialmente en la Ley 100 de 1993. De esta manera, desde ya podemos manifestar que en materia pensional, este principio establece el deber

¹¹ Sentencia C-126 del 16 de febrero de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual se pronuncia sobre la exequibilidad del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

¹² Sentencia C-529 del 23 de junio de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, en la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 797 de 2003, respecto a la obligatoriedad de las cotizaciones.

de todas las personas de contribuir con la sostenibilidad del sistema por medio de las cotizaciones, con el fin, no sólo de recibir beneficios propios, sino también de ayudar a que el sistema subsidie a los menos favorecidos.

1.2.4 Principio de Prevalencia del Interés General.

Si bien la Constitución Política lo regula como uno de los pilares del Estado Social de Derecho, su definición la derivamos de las diferentes interpretaciones constitucionales, en muchas de las cuales se encuentra un enfrentamiento constante entre los principios constitucionales de dignidad humana y prevalencia del interés general sobre el particular, cuya consecuencia, es el mayor desarrollo jurisprudencial en torno al principio de dignidad humana.

Doctrinantes como Quinche Ramírez, señala que la expresión “interés General”, adolece de indeterminación semántica, lo cual ha servido para ser manipulado y utilizado, no como principio jurídico, sino como argumento utilitario que a su vez ha legitimado intereses gubernamentales, actos de fuerza, sentencias judiciales y vulneración de derechos fundamentales, todo ello en desmedro de los ciudadanos. (2015, págs. 57-58)

La Corte Constitucional en la sentencia C-053 de 2001¹³ se refirió al carácter abstracto e indeterminado del principio, y con el fin de evitar su manipulación, señala que el mismo debe ser armonizado con los derechos individuales, correspondiéndole, en tal sentido, al operador jurídico,

¹³ Corte Constitucional, C-053 del 24 de enero de 2001, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

en cada caso particular, ponderar los valores en juego en determinado conflicto en aras del orden social justo.

En esta medida, el principio de primacía del interés general sobre el particular hace alusión a la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre que estos últimos no se encuentren amparados en derechos fundamentales¹⁴, esto es, siempre se deberán respetar las garantías de las personas en situación de vulnerabilidad, es decir, que su limitación se encuentra en los derechos fundamentales (C-546, 1992).

De diferentes sentencias de la Corte Constitucional, se encuentra que el principio de primacía del interés general sobre el particular se limita a nociones específicas, según la clase de derechos en juego, como la legalidad, el debido proceso¹⁵ y la propiedad privada¹⁶. En materia de seguridad social, por ejemplo, la Sentencia T-352 de 1996 de la Corte Constitucional, si bien reconoce la primacía del interés general sobre el particular, hace prevalecer los derechos de la tercera edad en aras del principio de dignidad humana.

En definitiva como lo ha señalado la Corte (C-449, 1995), si bien la Constitución Política reconoce el principio de primacía del interés general sobre el particular, como uno de los pilares

¹⁴ En la sentencia C-546 de 1992 el interés general quedó limitado a la protección de los derechos fundamentales, al señalar: “El progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de una persona.” Y en la sentencia T-381 de 2009 se dijo: “El Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales. No existe pues una prevalencia absoluta del interés general sobre el particular, pues tal prevalencia no puede obtenerse a costa del sacrificio de tales derechos.”

¹⁵ En la sentencia C-449 de 1995, la Corte Constitucional manifestó: “Principios generales, como el de la prevalencia del interés general y el de la vigencia de un orden justo, se satisfacen cuando se cumple el procedimiento señalado, es decir, cuando se respeta el debido proceso”.

¹⁶ En la sentencia T-431 de 1994 señaló: “No podría entenderse que el capricho de un propietario que se niega a la ejecución de obras públicas en un inmueble bajo su dominio pudiera oponerse legítimamente al interés de la colectividad, (...). La aceptación de este criterio, completamente contrario a la esencia misma del Estado Social de Derecho y opuesto al principio constitucional sobre prevalencia del interés general, implicaría un retroceso de más de un siglo en la evolución del Derecho Público colombiano.”

del Estado Social y Democrático de Derecho, dicho principio tiene un alcance limitado, por lo tanto, le corresponde al operador jurídico, previo a un test de proporcionalidad y racionalidad, sopesar los diferentes derechos en juego y sólo primará la primacía del interés general sobre el particular, en la medida que después de garantizados y respetados los derechos fundamentales, la situación concreta esté encaminada a reconocer el bien común y la justicia social.

Su contenido, no son los intereses de las mayorías, sino que debe entenderse que uno de sus componentes es el respeto por los derechos constitucionales, el contenido del interés general es el interés por los derechos fundamentales y no el de un sector determinado, o el del Presidente, o el del Congreso o el de la mayoría de los ciudadanos. (Quinche Ramírez, 2015, pág. 58)

1.3. El derecho a la seguridad social y su carácter fundamental:

1.3.1. El derecho a la seguridad social en la Constitución de 1991

Se encuentra consagrado en el Capítulo II de los Derechos Económicos, sociales y culturales, en el artículo 48 así: “La Seguridad Social es 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”.

La Corte Constitucional al referirse a la seguridad social como servicio público, señala que es una actividad desarrollada por el Estado, con tres características, por cuanto está encaminada a satisfacer necesidades de carácter general de manera continua y obligatoria, se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público, y la puede ejercer de manera directa o a través de otras entidades o particulares (T-580, 2007).

Arenas Monsalve sostiene que la seguridad social, tiene una doble connotación: como política, por cuanto está en búsqueda del ideal de protección de los ciudadanos, de los riesgos sociales sin distinción y con solidaridad financiera; y como derecho, porque es el instrumento a través del cual se cumple esa finalidad política, la cual se utiliza en tres sentidos: el primero, limitado, por cuanto pretende remediar las consecuencias de los riesgos sociales; el segundo, asistencial, como instrumento protector que garantiza bienestar a los individuos; y finalmente, contributivo, según los medios financieros que establezca el ordenamiento jurídico, es decir, dependerá de las contribuciones o cotizaciones que se establezcan para su financiación. (El derecho colombiano de la seguridad social, 2006, pág. 12)

Agrega igualmente, que la seguridad social como derecho, tiene la característica de reconocerse a todos los habitantes de manera general en los términos establecidos en la ley, no estando por lo tanto limitado a su condición de trabajador. Sin embargo agrega, que como derecho plantea el problema de cómo lograr acceso al mismo. Para ello, hace un análisis respecto a si el derecho a la seguridad social es o no un derecho fundamental. Parte así de establecer algunas de sus características, como el ser exigible, por cuanto el titular, puede reclamarlo de los sujetos obligados a su reconocimiento, pudiendo en esa medida acudir a la jurisdicción para hacerlo

exigible; el de ser irrenunciable, ya que al ser un derecho de orden público, no le es lícito a su titular renunciar a ellos; de rango constitucional, al estar consagrado en la Constitución Política, todo el aparato estatal está comprometido en su realización; y de rango internacional, ya que se encuentra reconocido en diferentes tratados a nivel internacional, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad. (2006, págs. 135-142)

Concluye, que en Colombia, el carácter fundamental de un derecho se discute en dos sentidos, uno en relación con que la ley que lo regula tenga un trámite legislativo estatutario, y otro, respecto a la protección que se le dé por vía de tutela. En esta medida, al considerarse su protección por ésta acción especial, la seguridad social es un derecho fundamental.

Sin embargo autores como Pedro Pablo Camargo (Manual de Derechos Humanos, 2006, pág. 91), consideran que la seguridad social no es un derecho fundamental, por cuanto, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política son derechos progresivos, y por lo tanto, su realización depende de políticas económicas y del gobierno de turno. Así mismo, Cárdenas Rivera señala que no es un derecho en sí, sino en la medida que está ligado al derecho al trabajo, por lo tanto es un derecho prestacional (Justicia Pensional y Neoliberalismo, 2004, pág. 105).

Por su parte la Corte Constitucional, ha tenido diferentes posiciones al respecto, en un principio consideró que la seguridad social no tenía el rango de derecho fundamental, porque se encuentra consagrado dentro del capítulo de derechos de segunda generación y no requiere para su regulación de un trámite especial, similar al previsto en la Constitución Política para los

derechos fundamentales, es decir, estar regulado en una ley estatutaria, además por tener una naturaleza prestacional o asistencial (T-002, 1992).

Posteriormente, la Corte Constitucional reafirmo que el derecho a la seguridad social por sí solo no es un derecho fundamental, salvo que presente cuatro connotaciones, la primera, que se encuentre en conexidad con otros derechos de rango fundamentales; la segunda, que su protección se requiera de carácter urgente por afectar de manera grave e inminente la vida o la salud; la tercera, en casos de extrema necesidad; y la cuarta, que se pueda prestar por el Estado, según el caso concreto. (C-408, 1994)

Finalmente, dicho tribunal constitucional, ha manifestado en especial en la sentencia hito T-076 de 1996, que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental autónomo, por cuanto es inherente a la persona humana y se encuentran elevado a tal rango por la Constitución, (Sentencias T-1565 de 2000, T-671 de 2000, SU-1354 de 2000, T-1306 de 2001 y T-016 de 2007, entre muchas otras)

Se deriva de lo anterior, que el derecho a la seguridad social, conforme a su consagración constitucional y legal, busca superar las desigualdades sociales y reconocerse a la persona en las diferentes etapas de su vida, desde la niñez hasta la tercera edad, es por ello que a partir de la Constitución Política de 1991 se establecen medidas tendientes a la efectividad del derecho a la seguridad social, a través de una cobertura universal llegando a otras personas independientemente de su condición laboral, como la protección de la salud, la vida o la tercera edad, disminuyendo inequidades que hacían imposible la realización del derecho.

Si bien la seguridad social, en su doble connotación, como derecho, es un derecho fundamental, otra cosa muy distinta es su protección y efectividad, situación en la cual el Estado, conforme a los principios de equidad, solidaridad, eficiencia y subsidiariedad, debe establecer estrategias para su efectividad en especial con aquellas personas en situación de desventaja económica y social.

Aparece así, la pensión como una de las expresiones de la seguridad social, regulada a partir de reglas claras sobre la forma de acceder a la misma, extinguiendo de esa manera regímenes especiales y pretendiendo la creación de un solo sistema general de pensiones.

1.3.2. El derecho a la seguridad social en el derecho internacional.

La declaración Universal de derechos Humanos de 1948, consagró el derecho a la seguridad social como el que tiene toda persona, por el hecho de pertenecer a la sociedad¹⁷. De igual manera el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social (Naciones Unidas, 1966).

¹⁷ ART. 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

[...]

ART. 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancia independiente de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

La Observación General 19, al referirse al derecho a la seguridad social, señala que al ser una garantía de dignidad humana, debe pretender que los Estados tomen medidas efectivas en torno a que se garantice su disfrute y el de las generaciones futuras de manera progresiva. También señala, que si bien en principio están prohibidas las medidas regresivas respecto a la seguridad social, las mismas se justifican si son razonables y respetan los derechos adquiridos.

Es con fundamento estas normas internacionales, que Colombia tiene la obligación de: “Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados; Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas; Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social” (Observación General, 2008).

Los anteriores elementos imponen al Estado colombiano obligaciones básicas, fundamentadas en el reconocimiento de la seguridad social como elemento inescindible de la dignidad humana y como medio para el ejercicio de los demás derechos consagrados en el Pacto. Así, el Estado colombiano tiene la obligación de (1) adopción de medidas para el logro progresivo de los derechos a la seguridad social (obligación de respetar); (2) garantizar el ejercicio de los derechos (obligación de proteger); y (3) garantizar las medidas necesarias para la efectividad de los derechos (obligación de cumplir). (Artículo 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y Culturales)

En conclusión, la seguridad social es un derecho fundamental, no sólo consagrado en la constitución política, sino en los tratados internacionales, conforme a los cuales, el Estado Colombiano, debe propender por el establecimiento de un sistema de pensiones que tienda a la total cobertura de la población, el cual no se agota en la expedición de normas, sino con la cobertura real, que permita a las personas acceder al sistema general de pensiones, sin dilaciones, no sólo a través de las pensiones, ni tampoco con la entrega total de subsidios, sino con la generación de políticas que tiene a disminuir de manera progresiva, la cantidad de personas, que hoy no cuentan en su vejez, con beneficios económicos.

Capítulo 2

Sistema General De Pensiones Y Seguridad Social En Colombia

Con la adopción del Estado Social de Derecho, el país sufrió diferentes cambios en materia pensional, por lo tanto es importante señalar el antes y el después, partiendo de la Constitución Política de 1991, así como los diferentes principios en los cuales se fundamenta la seguridad social, los cuales van a ser importantes para finalmente adoptar una posición frente al régimen de transición pensional.

2.1. El Sistema de Pensiones antes de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993.

Antes de la Constitución de 1991 en el país existían muchísimas maneras de pensionarse. En general, la fuente de financiación de la pensión, se basaba en un sistema de reparto entre empleado, empleador, a través de las cotizaciones y Estado a través de subsidios, conforme al cual, los aportes de empleador y empleado durante toda relación laboral, más el subsidio del Estado contribuían al finamiento de la pensión; no obstante, en la mayoría de los casos los aportes no existían, y finalmente le correspondía al empleador, caja o fondo, cubrir directamente el pago de la respetiva pensión (Santa María, 2010).

A nivel nacional, desde los años 40 se crearon tres entes de administración de pensiones, en los cuales los empleadores y empleados, debían depositar los aportes o cotizaciones producto

de la relación laboral: A nivel privado, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales - ICSS¹⁸, y estableció la obligación a los empleadores de asumir entre otros, los riesgos de vejez. En tal sentido, los empleadores afiliaban a sus trabajadores al ICSS y efectuaban cotizaciones ante dicha entidad, para que posteriormente fuera ella, la que pensionara a los trabajadores, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley. Sin embargo, no todos los empleadores cumplieron con la obligación y por lo tanto las empresas que no afiliaban a sus trabajadores a dicha Entidad, debían pensionarlos directamente a través de la pensión de jubilación.

A nivel público el panorama era y sigue siendo más disperso y contradictorio. La Ley 82 de 1912 creó la Caja de Previsión Social de Telecomunicaciones – Caprecom¹⁹ y la Ley 6 de 1945, la Caja Nacional de Previsión social - Cajanal²⁰, para personal adscrito al nivel nacional. Paralelo a ellas, en el país se crearon alrededor de 1040 cajas, Fondos y Entidades de previsión social, por cuanto la gran mayoría de las entidades públicas y sus descentralizadas no cotizaban para pensión y asumían directamente su pago con presupuesto propio; lo cual se debió a que la normatividad vigente en ese entonces no les obligaba a cotizar ni a las entidades, ni a los funcionarios públicos. Por consiguiente, en Colombia existían muchísimas formas de pensionar, porque cada Entidad tenía sus especificaciones propias para otorgar una pensión.

De esta manera, con fundamento en la Ley 6 de 1945, los empleadores que se afiliaban a Cajanal, debían aportar para pensión, en las condiciones previstas en la Ley. No obstante, hubo

¹⁸ El ICSS con la reforma introducida por EL Decreto 1650 de 1977 cambió su denominación a Instituto de Seguros Sociales – ISS.

¹⁹ Aunque sus inicios se dieron con la Ley 82 de 1912, que la creó como una Caja de Auxilios en los Ramos Postal y telégrafos. Es decir que fue la primera caja creada para la administración de pensiones. Posteriormente, con el Decreto 2661 de 1960 Caja de Previsión Social y de Comunicaciones.

²⁰ El artículo 18 de la Ley 6 de 1945 se refirió a la Caja de previsión social de los empleados y obreros Nacionales

entidades territoriales que crearon sus propias cajas o fondos para asumir las pensiones, así como también, muchas otras entidades asumieron directamente el otorgamiento y pago de la pensión²¹, por lo tanto, no existían cotizaciones, ni aportes por parte de los empleadores ni de los empleados. (Echavarría Arango, 2009)

En Colombia existían diferentes regímenes pensionales, los cuales se clasificaban de la siguiente manera²²:

Un régimen de los trabajadores particulares que no se encontraban afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, regulado en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. En estos casos la pensión se otorgaba a quien reunía los requisitos de 50 años de edad para las mujeres y 55 años para los hombres, y 20 años de servicios continuos o discontinuos al mismo empleador.

Un régimen de los trabajadores particulares u oficiales afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, previsto en el Acuerdo 049 de 1990 expedido por la Junta Directiva del Instituto de los Seguros Sociales, y posteriormente aprobado por el Decreto 758 de 1990. Se aplicaba a los trabajadores particulares y a los trabajadores oficiales que fueron afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, para que a través de éste se cubrieran los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Los requisitos para pensionarse eran 55 años de edad para las mujeres y 60 años para los hombres,

²¹ Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se hablaba de «pensión de jubilación», haciendo alusión a las prestaciones reconocidas y pagadas a los trabajadores privados, por sus empleadores o a los empleados públicos por las Cajas o fondos existentes, como Cajanal. Y se hablaba de «pensión de vejez» para las prestaciones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores privados afiliados a él.

²² Esta clasificación no incluye los regímenes especiales y exceptuados, como aquellos que contemplaban requisitos diferentes a los establecidos en las anteriores disposiciones normativas, asumidos por cajas, fondos o las mismas entidades empleadoras²². Antes de la Ley 100 de 1993, existía gran cantidad de regímenes de pensiones especiales, sin embargo fueron limitados en su vigencia con el Acto Legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, a su vez el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, creó unos regímenes exceptuados, a los cuales no se le aplicarían las disposiciones generales del sistema general de pensiones.

acreditar un total de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo o 500 semanas entre los 40 y 60 años de edad para los hombres, y 400 semanas entre los 35 y los 55 años de edad para las mujeres.

Régimen de los trabajadores oficiales no afiliados Instituto de los Seguros Sociales, incorporado inicialmente por la Ley 6 de 1945 y posteriormente por la Ley 33 de 1985. Se aplica a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel nacional y territorial que no tuvieran un régimen especial de pensión. En cuanto a los requisitos para pensionarse, la edad para la pensión, tanto de los hombres como de las mujeres se unificó en 55 años y se debía acreditar 20 años de servicio en el sector público de manera continua o discontinua²³.

También se aplicaba la Ley 71 de 1998, para quienes no reunían los requisitos para pensionarse con base en la Ley 33 de 1985 o con el decreto 758 de 1990, es decir, no tenían 20 años de servicio, ni 500 semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante tenían tiempos laborados y/o cotizados en uno y otro régimen, que sumados daban 20 años de servicios, caso en el cual la edad para pensionarse era de 60 para los hombres y 55 para las mujeres.

El sistema existente generaba que las personas se pensionaran con beneficios desproporcionados, por cuanto el cálculo para establecer el valor de la pensión o IBL, se tasaba con el último año de servicios, lo cual permitía que una persona que llevaba laborando 20 años en el sector público con salarios relativamente bajos, por el sólo hecho de adquirir, en el último año

23 Con la Ley 6 de 1945, artículo 14, los requisitos para pensionarse eran 50 años de edad y 20 años de servicios.

un empleo con un salario muy superior, se pensionara con el promedio de los salarios del último año, independientemente de los salarios que hubiera tenido en su vida laboral, con el agravante de que en el transcurso de la misma, no efectuó cotizaciones, por lo tanto, al momento de recibir su pensión, la misma se encuentra desfinanciada y corresponde en esta medida al Estado su financiación. (Santa María Salamanca, 2015)

Lo anterior daba lugar a que se generaran grandes desigualdades, porque si bien existía un mínimo de tiempo de servicios de 20 años para el reconocimiento de la pensión, el cálculo de la misma se efectuaba con el último año de servicios; y mientras que habían personas que se afiliaron a una caja o fondo y por lo tanto aportaban para el financiamiento de su pensión de manera mensual, hubo otras, que no tuvieron esa afiliación, por lo tanto, nunca aportaron para la financiación de la pensión, y sin embargo logaron una pensión a cargo del Estado.

2.2. El Sistema de pensiones después de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993

El sistema General de Pensiones tiene su consagración constitucional, en el artículo 48 y su posterior desarrollo en la Ley 100 de 1993.

El proyecto de Ley 155, previo a la ley de 100 de 1993, tenía varios propósitos fundamentales, con el fin de dar desarrollo al artículo 48 de la Constitución y la nueva etapa de desarrollo económico del país, en este sentido, propuso:

En primer lugar, transformar radicalmente la forma como en Colombia se otorgaban las pensiones, por ello contempló la creación de un único sistema de pensiones de capitalización individual administrado por fondos privados de pensiones, que permitía garantizar la rentabilidad de los ahorros producto de las cotizaciones de trabajador y empleador, conforme al cual “las pensiones de vejez...dependen en cada caso individual de las cotizaciones realizadas y de los rendimientos obtenidos por los ahorros respectivos... A mayor ahorro, y a mayor rendimiento, corresponderá una mayor pensión”; (Exposición De Motivos del Proyecto de Ley “por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social, Luis Fernando Ramírez; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, p. 13).

Respecto del sistema existente, el Gobierno señaló que era necesario reorganizarlo con el fin de garantizar el pago de las pensiones concedidas y modificar gradualmente las condiciones para la pensión, de quienes continuaran en él, conforme a las condiciones demográficas, “para eliminar ciertos excesos permitidos bajo el régimen actual, y para equilibrar los beneficios ofrecidos en los sistemas alternativos”. (Ibídem, p. 3)

También pretendía, vincular al sistema de pensiones, a la población de la tercera edad que no ha laborado, a través del otorgamiento de subsidios y crear el subsidio de desempleo.

Según el Gobierno, en cabeza del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el sistema pensional existente era ineficiente, por cuanto la pensión se otorgaba sin tener en cuenta las cotizaciones; tenía problemas de cobertura, por cuanto el ISS, Cajanal y otras cajas de previsión,

sólo alcanzaban una cobertura del 20% de la población afiliada, la cual a su vez representaba el 50% de los asalariados del país; y problemas de financiación, en tanto, la misma estaba a cargo de los presupuestos nacionales y territoriales, sin contribuciones de los trabajadores.

Para Eduardo Lora y Loredana Helmsdorff (El Futuro de la Reforma Pensional, 1995, págs. 14-16), la reforma tuvo su origen en una crisis financiera desatada por la baja cobertura²⁴; la multiplicidad de regímenes; fuertes desequilibrios entre regiones, sectores, tasas de cotización y beneficios pensionales²⁵ y beneficios excesivos en relación con las cotizaciones efectuadas, lo cual generaba ineficiencia.

Es decir, el Gobierno Nacional partió de que el sistema pensional existente no era financieramente viable, además de que no contribuía con las expectativas de cobertura. Sin embargo, en términos generales, la mayor justificación de la reforma pensional en el país, tuvo que ver con su futuro financiamiento, porque el pasivo pensional generado hasta ese momento, se estaba volviendo insostenible para el Gobierno.

Luego de los debates respectivos en el Congreso²⁶, se adoptó la Ley 100 de 1993, en la cual se definió la existencia de un sistema mixto pensional, conforme al cual, el ISS continuaría operando el sistema de reparto con condiciones de jubilación garantizadas²⁷, a lo que se llamaría

²⁴ Manifiestan Eduardo Lora y Loredana Helmsdorff “calculada para el ISS en el 17% de la población y el 26% de los municipios, y para el conjunto del sistema en el 25% de la población y el 50% de los asalariados.”

²⁵ Continúan señalando: “fuertes desequilibrios entre regiones (dos terceras partes de las personas protegidas se concentraban en las cuatro principales ciudades), entre sectores (con coberturas muy altas en servicios públicos y prácticamente nulas en la agricultura), en tasas de cotización (nulas para funcionarios públicos) y en beneficios pensionales (en términos de edad, relación pensión/salario, requerimiento de cotización, etc.”

²⁶ Notas Fiscales: Régimen de transición pensional de los servidores públicos, sistema general de pensiones. Dirección General, Regulación económica de seguridad social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, N°7, mayo de 2010.

²⁷ Existencia de cotizaciones obligatorias por parte de empleador y empleado, afiliación a una entidad administradora de pensiones y unos requisitos definidos en edad y tiempo para pensionarse.

Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y entrarían a operar los fondos privados de pensiones, bajo un régimen de capitalización individual, en las condiciones propuestas por el Gobierno, denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En términos generales, el nuevo Sistema General de Pensiones estableció una nueva forma de financiar las pensiones, buscando incrementar la cobertura pensional, para ello estableció las cotizaciones obligatorias, unos requisitos generales para la adquisición de la pensión y puso fin a los regímenes especiales de pensiones existentes.

Para Cárdenas Rivera (Justicia Pensional y Neoliberalismo, 2004, pág. 117 y 225) todas estas reformas pensionales fueron producto de la globalización financiera, y las políticas neoliberales del Fondo Monetario Internacional, para quien la forma de financiar las pensiones a través de las contribuciones tripartitas o sistema de reparto, debía ser remplazado por un sistema de capitalización; lo cual considera va en detrimento del principio de solidaridad de la seguridad social.

2.3 Regímenes pensionales creados a partir de la Ley 100 de 1993:

La Ley 100 de 1993 dispuso en el artículo 12 que “el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: a) Régimen solidario de prima media con prestación definida, y b) Régimen de ahorro individual con

solidaridad.” Dichos regímenes tienen las siguientes características que se describirán a continuación.

2.3.1 Régimen solidario de prima media con prestación definida:

Es un régimen según el cual, la persona afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, conoce de manera anticipada, los requisitos por los cuales se va a pensionar, en relación con la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, por lo tanto su derecho se causa en la medida en que cumpla con dichos requisitos. Es un régimen solidario en la medida, en que las cotizaciones de todos los afiliados, conforman un solo fondo, en donde las personas que cotizan financian las pensiones de las personas que ya se encuentran pensionadas. Es administrado por el Estado, a través del ISS, hoy Colpensiones.

La Ley 100 de 1993, en el artículo 31 lo define como “...aquél mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente título”.

En la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional, señaló las características del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, así:

El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida corresponde al sistema público de beneficio definido que se caracteriza por: (i) los aportes de los

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

Este régimen se financia con las cotizaciones que aportan empleador y empleado, sobre los factores salariales señalados en la Ley²⁸, sin embargo no puede desconocerse que estas cotizaciones no son suficientes para cubrir la totalidad de las mesadas pensionales, y es por ello que necesariamente debe intervenir el Estado en su financiación, a través de los subsidios. Así lo evidenció la Corte Constitucional en la sentencia C-754²⁹:

Según Garay Salamanca, “en el régimen de prima media se genera un subsidio implícito de entre el 42% y el 72% por cada salario mínimo pagado en las pensiones, debido a que los beneficios son mayores a las contribuciones.” (2002, pág. 149) Al comparar los subsidios

²⁸ El monto de la cotización se ha venido incrementando de manera gradual desde la Ley 100 de 1993. Inicio en 11,50% en 1994, luego pasó a 12,50% en 1995 y a 13,50% en 1996, con fundamento en el artículo 20 de la mencionada Ley. Posteriormente se incrementó a 14,50% en el 2004, a 15% en el 2005, a 15,50% en el 2006 y a partir del 2008, se encuentra en el 16% con fundamento en el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Este porcentaje se distribuye entre empleador y empleado, en un 75% y 25% respectivamente.

²⁹ Salvamento de voto a la Sentencia 754 del 10 de agosto de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Por medio de la cual se declaró la inexequibilidad de la Ley 860 de 2003

otorgados en el régimen de prima media con los entregados para el de transición, se observan subsidios aún mayores.

Según Acosta y Ayala, “bajo el sistema actual, cada nuevo afiliado al Seguro Social que se pensiona a las 1000 semanas será subsidiado en 60% de su pensión (...) y a las 1400 semanas el subsidio será del orden del 56%. (...) Los subsidios son aún mayores para los que disfrutaban del régimen de transición, 69% para los que se pensionen a las 1000 semanas y 62% a las 1400” (2001, pág. 17).

2.3.2 Régimen de ahorro individual con solidaridad:

Contrario al anterior, en este régimen el afiliado ahorra para su pensión partiendo de los mínimos de cotizaciones establecidos en la ley, pudiendo ahorrar el capital que considere necesario para financiar su pensión, y en principio el afiliado proyecta la fecha de su jubilación y el monto. En esta medida la causación de la pensión dependerá del valor ahorrado, y no de unos requisitos previamente establecidos³⁰. Ello sin perjuicio de los casos en que el monto ahorrado es inferior al 110% del valor para financiar una pensión mínima³¹, casos en los cuales la pensión se causa por los requisitos del sistema general de pensiones.

³⁰ De ahí que se diga que la persona se podrá pensionar a la edad que ella quiera, sin embargo, ello va a depender de los ahorros que tenga en su cuenta individual de pensión.

³¹ Una pensión del salario mínimo proyectada con base en la esperanza de vida del afiliado.

Se encuentra consagrado en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 como “el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados...”. Así mismo, la norma frente a su financiación expresa: “...está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad...”.

La Corte Constitucional (C-258, 2013), también se ha pronunciado sobre sus características así:

“Bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad, los afiliados tienen derecho a una pensión de vejez, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita financiar una pensión mensual. Los fondos son gestionados por las Administradoras de Fondos de Pensiones que son entidades privadas. Este régimen se caracteriza por lo siguiente: (i) los aportes de los afiliados constituyen una cuenta de ahorro individual pensional, (ii) el afiliado asume el riesgo financiero de las inversiones que realice el fondo privado, (iii) el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado, (iv) en el caso de cesación de aportes durante periodos de tiempo puede cobrarse una comisión por cesantía, y (vi) no es necesario cumplir con requisitos específicos de edad, sino que el acceso a la pensión depende del ahorro, aunque sí se establece un mínimo de semanas de cotización”.

En este régimen también aparecen los subsidios del Estado, con el fin de garantizar la pensión mínima de quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente para pensionarse.

2.4. Principios de la Seguridad Social en Colombia:

Desde el artículo 48 de la Constitución Política, se consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable, garantizado de manera progresiva por el Estado, en torno a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad³² y sostenibilidad financiera, éste último introducido por el Acto Legislativo 01 de 2005. En esta medida, la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina, han dado alcance a dichos principios, así como han institucionalizado otros, como los de favorabilidad y progresividad. A continuación expondré cada uno de ellos.

2.4.1. Principio de Eficiencia.

La Corte Constitucional en la sentencia C-116 de 1994 lo define como "...un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social - el Estado y los particulares... Implica así mismo la realización del control

³² La Ley 100 de 1993, en su artículo 2, regula otros principios de la seguridad social, adicionales a los señalados en el artículo 48 de la constitución Política, de integridad, Unidad y participación, los cuales si bien son importantes a efectos de la seguridad social, no aportan al objeto del presente trabajo. Dichos principios señalan: "d. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley. e. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y, f. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto."

de resultados del servicio”³³. Por su parte el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 lo define como: “Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”³⁴.

Para Cañón Ortegón, la eficiencia no es un principio, sino una característica de las entidades administradoras de la seguridad social en tanto hace referencia a la oportunidad, calidad y cantidad con que se presta el servicio y el análisis de los resultados de las condiciones de prestación de los servicios (2013, pág. 59).

Cárdenas Rivera considera que el principio de eficiencia, es un elemento del pensamiento económico liberal, en términos de rentabilidad financiera, por cuanto se pone en funcionamiento un negocio financiero, por parte de los fondos privados, en respuesta a la ineficiencia del ISS para ampliar la cobertura a los sectores independiente e informal. (2004, pág. 127)

Si bien pueden existir diferentes definiciones respecto del principio de eficiencia; conforme su consagración constitucional y legal, la misma esta atribuida a las entidades prestadoras de los servicios de seguridad social, en principio el estado y los particulares, con el fin de proporcionar de manera adecuada dicha función, en beneficio de los individuos.

³³ Sentencia C- 116 del 26 de marzo de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³⁴ Artículo 2, literal a de la Ley 100 de 1993.

2.4.2. Principio de Universalidad.

La Ley 100 de 1993, hace referencia al principio, como la cobertura a todas las personas sin ninguna discriminación y en todas las etapas de su vida.³⁵

Cañon Ortigón, distingue dos dimensiones del principio, una horizontal, porque debe estar dirigido a cubrir a todas las personas de la geografía colombiana, sin distinción derivada de su vinculación laboral formal o no, raza, sexo, origen familiar, condición de nacional o extranjero, idioma, lengua, religión, opinión política o filosófica; y una dimensión vertical, para atender progresivamente los riesgos y contingencias en salud, promoción y prevención de enfermedades, y en general todas aquellas que contribuyan a su bienestar y calidad de vida. (2013, págs. 58-59)

Para Cárdenas Rivera con la adopción del sistema pensional de la Ley 100 de 1993, la universalización se logra, en la medida que se logre la afiliación de trabajadores independientes al sistema y existan posibilidades reales de vinculación laboral formal. (2004, pág. 141)

Para Bonilla González la universalización se garantiza en condiciones de cobertura, con el acceso a una pensión digna, con la protección de las personas de la tercera edad en condiciones de pobreza y con sostenibilidad financiera, con base en las contribuciones tanto de trabajo – trabajadores, como de capital – empresas y el Estado (2001, pág. 4)

³⁵ Artículo 2, literal b de la Ley 100 de 1993.

La Corte Constitucional por su parte, señala que este principio tiene que ver con la dignidad de la persona, por cuanto no es concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no, por lo tanto, al ser una características esencial, se predica de todas las personas. (C-575, 1992)

En síntesis, la universalidad, busca incrementar cobertura, en términos de llegar a todas las personas sin discriminación, pero a más de ello, lograr cubrir todas las etapas de la vida, al ser la seguridad social inherente a la persona.

2.4.3. Principio de Solidaridad.

El artículo 2 de la Ley 100 de 1993, la define 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...”³⁶

Para la Corte Constitucional (C-1064, 2001), el principio de solidaridad tiene una relación íntima con la dignidad humana, como “un deber constitucional de todos, que aspira a lograr la materialización de los valores fundantes de la justicia y la dignidad”. Estableciéndole dos dimensiones, por un lado en la financiación del Sistema, de tal manera, que quienes ganan más, aporten más y por el otro lado, velando para que los recursos de la seguridad social se dirijan a la población que más lo necesita, por ser las más vulnerables (C-258, 2013).

³⁶ Artículo 2, literal c Ley 100 de 1993.

En esta medida, como también lo ha concluido la Corte Constitucional (C-086, 2002) “el Estado garantiza el principio de solidaridad, como fundamento de la seguridad social, a través de la participación, dirección y control del sistema, asegurando que los recursos públicos en dicho sistema se destinen siempre a los sectores más vulnerables de la población”.

2.4.6. Principio de sostenibilidad financiera:

Este principio tiene su origen en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, a partir del cual se pretende controlar el déficit fiscal ocasionado con el régimen de transición creado con la reforma pensional prevista en la Ley 100 de 1993, y con la cual, sobrevivieron régimen especiales y exceptuados (Cañón Ortigón, 2013, pág. 67).

A partir del Acto Legislativo 01 de 2005, se elevó a rango constitucional el principio de seguridad social. Conforme a dicha disposición, “no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo” y “no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”.

Para la Corte Constitucional, este principio cumple varios propósitos, entre ellos, el establecimiento de un sistema único de pensiones, con el cual se pretende que no existan condiciones especiales en materia pensional, y por lo tanto todas las personas se puedan pensionar

con unos requisitos establecidos en la Ley; la obligatoriedad de las cotizaciones al sistemas; logrando una cobertura universal; respetando los derechos adquiridos de quienes adquirieron su pensión con base en la ley; estableciendo unas reglas de vigencia de los regímenes de transición y de terminación de los regímenes especiales y estableciendo un límite de pensión de hasta 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes (C-258, 2013, pág. 201 y sgts).

En definitiva, la intención del Acto Legislativo, al incluir el principio de sostenibilidad financiera, es ponerle fin a regímenes que generan ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de personas con recursos del presupuesto público, eliminando subsidios, con el fin de liberar recursos y establecer unas reglas únicas en materia pensional. (C-258, 2013)

Según García González, la sostenibilidad financiera es una herramienta, que en aras de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, pretende asegurar cobertura en seguridad social en materia de pensiones a todos los habitantes del territorio. (2011, pág. 25) Agrega que él mismo, había sido definido por la Corte Constitucional, en términos de eficiencia pensional, como la mejor utilización de los recursos provenientes de las cotizaciones en materia pensional, a efectos de garantizar el reconocimiento y pago de las pensiones (C-1024, 2004)

2.4.4. Principio de progresividad:

Se ha derivado su definición, del artículo 48 de la Constitución Política, cuando señala: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social...El Estado, con la

participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social, que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley...” Jaramillo Jassir (2010, pág. 247), sostiene que dicho principio no tiene definición legal, sino que la misma es una elaboración doctrinal y jurisprudencial. García González (2011, pág. 26) lo define como una carga para el Estado Colombiano a fin de propender por reformas cada vez más incluyentes en cobertura y calidad sin que se disminuyan los derechos ganados en seguridad social.

Otros autores como Cañón Ortegón (2013, pág. 63) manifiestan que en esa medida la Jurisprudencia busca que las reformas en materia de coberturas sean progresivas, evitando discriminación y propendiendo por mayores beneficios y declarando inexecutable disposiciones normativas que impongan cargas o eliminen los avances logrados. Definición compartida por Bermúdez Alarcón (2012, pág. 34) para quien la progresividad se da en dos sentidos, por un lado en que se da gradualmente y por otro lado como una obligación de progreso a cargo del Estado.

De ahí que, el principio de progresividad sea un parámetro que debe tener en cuenta el legislador al momento de efectuar reformas laborales, con el fin de brindar mayores protecciones al trabajador, no en el sentido de establecer prohibiciones para modificar la legislación existente, sino por el contrario, como una contribución, para que en el futuro se garantice el acceso al derecho de la colectividad.

Es importante diferenciarlo, como lo señala Neira Rodríguez (2015, pág. 65) del principio de la condición más beneficiosa, por cuanto éste último, está referido al operador jurídico, cuando existen diferentes interpretaciones, ante la aplicación de normas en tránsitos de legislación,

mientras que el principio de progresividad está referido al legislador, para efectos de proteger los derechos consolidados de los trabajadores y contribuir de manera progresiva a que estos derechos lleguen a la colectividad.

Señala Jaramillo Jassir (2010, pág. 248) que en el sistema pensional, donde hay derechos que requieren un soporte financiero, el legislador al momento de establecer reformas debe percatarse que las mismas propendan por un equilibrio en el sistema, lo cual si bien en principio puede aparentar regresivo, “son admisibles para garantizar el derecho de la colectividad y de las generaciones futuras”. Textualmente señala: “La idea según la cual las reformas al ordenamiento laboral suponen la progresión en las garantías y beneficios para la clase trabajadora, implica la protección de los trabajadores activos en desmedro de los que se encuentran en busca de un trabajo. El principio de progresividad no puede significar inmutabilidad, es decir petrificación del ordenamiento, pero sí niveles de justificación mínimos que soporten las medidas consideradas regresivas.”

2.4.5. Principio de favorabilidad:

Si bien la favorabilidad no es un principio de la seguridad social, por cuanto no tiene tal consagración a nivel constitucional y legal para el sistema, al estar contenido implícitamente en el artículo 29 de la Constitución Política, en relación con el derecho al debido proceso y en el Código Laboral, en relación con las relaciones del trabajo, ha tenido un gran desarrollo a nivel jurisprudencial y doctrinal.

El principio de favorabilidad no tiene una definición propia, y tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se confunde con los principios de la condición más beneficiosa, *in dubio pro operario* y norma más favorable, siendo cada uno “expresiones del principio protector que inspira el Derecho del Trabajo” (Neira Rodríguez, 2015, pág. 36).

Pese a lo anterior, su definición se puede derivar del artículo 53 de la Constitución Política cuando señala: “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;” y del artículo 21 del Código Laboral al manifestar: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”.

Para Cañón Ortegón, el principio de favorabilidad parte del respecto de los derechos adquiridos frente a la adopción de un nuevo régimen laboral (2013, pág. 63); para Neira Rodríguez, opera para proteger al más débil en la relación laboral, cuando hay duda en la aplicación de dos normas a un mismo asunto (2012, pág. 119), y para Mario Deveali, citado por Neira Rodríguez (2015, pág. 31) tiene dos aspectos, el de aplicar, en caso de duda, la norma más favorable al trabajador e interpretar toda duda en favor del trabajador.

La Corte Constitucional por su parte, habla del principio de favorabilidad indistintamente, así en las sentencias C-529 de 1994³⁷ y C-126 de 1995³⁸ ha señalado que consiste en la protección de los derechos adquiridos o consolidados bajo el imperio de una legislación, los cuales no pueden ser menoscabados con la nueva normatividad; y en sentencias C-177 de 2005³⁹, T-1213 de 2008⁴⁰ y T-217 de 2009⁴¹, lo equipara a la condición más beneficiosa, como el deber del operador jurídico de aplicar la norma más favorable en caso de duda sobre su aplicación.

En esta medida, siguiendo a Neira Rodríguez (2015, pág. 26), es preciso conocer el significado de las diferentes especies del principio de favorabilidad, es decir, principios de la condición más beneficiosa, *in dubio pro operario* y norma más favorable, a efectos de enmarcarlas dentro del Estado Social de Derecho.

Se puede señalar que el principio del *in dubio pro operario*, se aplica, cuando para un caso concreto, se desprenden varias interpretaciones posibles en una misma norma, caso en el cual, en

³⁷ Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández G.: “Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro; salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquella no pueden sufrir menoscabo. Por lo tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.”

³⁸ Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara: “Nada se opone dentro del marco constitucional, a que el Congreso de la República regule o modifique hacia futuro los requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión, lo cual hace en ejercicio de las atribuciones que la Constitución le ha señalado y que comportan un cierto margen de discrecionalidad que le permiten introducir las reformas que de acuerdo a las necesidades y conveniencias sociales, así como a la evolución de los tiempos, juzgue indispensables para la efectividad y garantía del derecho. Lo anterior no afecta los derechos adquiridos plenamente consagrados en la Carta Política de 1991 -artículo 58-, pues los incrementos en la edad de que tratan los preceptos acusados solamente tienen vigencia hacia el futuro, es decir, a partir del 1o. de enero del año 2014, y no antes, de manera que no cobijan situaciones consolidadas bajo la legislación preexistente...”

³⁹ Sentencia Corte Constitución, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “De otra parte, considera la Corte 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.”

⁴⁰ Sentencia Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴¹ Sentencia Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

aplicación del principio, se debe aplicar la interpretación más favorable al trabajador (Neira Rodríguez, 2015, pág. 47).

Respecto de la condición más beneficiosa, el cual se desprende del inciso final del artículo 53 de la Constitución Política, cuando señala: “...la ley, los contrato, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los Derechos de los trabajadores.” Se presenta en los casos de transito legislativo, cuando frente a determinada situación concreta donde se debe establecer si se aplica el régimen anterior o el nuevo régimen, se debe aplicar el que más le favorezca al trabajador. Neira Rodríguez al citar a Conti Parra señala:

ha sido concebido y desarrollado con el fin de proteger al titular de una expectativa jurídica inminente que de otra manera y debido al tránsito legislativo podría verse frutada”, de manera que su aplicación se da en el respecto a las expectativas próximas de acceder a un derecho “de acuerdo con la ley precedente cuando es más favorable que la posterior, y no sobre un Derecho ya consolidado o ciertamente adquirido bajo el imperio de la primera. (2015, pág. 64)

Por su parte, el principio de la condición más beneficiosa, según Neira Rodríguez, tiene varias limitaciones, ya que no se puede confundir con el principio de progresividad, debe tener en cuenta la irretroactividad de la norma y debe establecer a cuales derechos se refiere (2015, pág. 65).

No se puede confundir con el principio de progresividad, el cual, como se señaló anteriormente, está referido al legislador, a fin de que se protejan los derechos actuales de los trabajadores, ante una nueva legislación, mientras que la condición más beneficiosa garantiza, que ante el tránsito legislativo se respeten las condiciones que se vienen disfrutando, y que una norma posterior no las puede desconocer.

Así, los cambios legislativos se dan en procura del interés social y en tal sentido, deben buscar el progreso en relación con la legislación anterior, no obstante, en materia de reformas laborales, las cuales responden a procesos económicos, los cambios no siempre se dan para mejorar, sino para restringir o flexibilizar el derecho laboral, ante el orden global y la economía neoliberal (Cárdenas Rivera, 2004, pág. 70)

Otra limitación es el carácter general e inmediato de la ley laboral, consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo⁴², es decir que la Ley es irretroactiva, no aplica para situaciones que se consolidaron bajo una ley anterior, sino que aplica a relaciones jurídicas futuras y a los efectos de situaciones que se crearon antes de la vigencia de la nueva ley y entraron en vigencia bajo la nueva ley. Sin embargo, como lo que se busca con las reformas laborales, es la adaptación a las nuevas economías y la cobertura a la totalidad de la colectividad, estas reformas no pueden entrar a operar de manera inmediata, y es allí donde la condición más beneficiosa opera. (Neira Rodríguez, 2015, pág. 66)

⁴² Artículo 16: las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

Una última limitación tiene que ver, con cuales derechos deben ser protegidos ante el cambio legislativo, y es así como entran en juego diferentes posiciones, unas que señalan que la condición más beneficiosa aplica para situaciones fácticas concretas, es decir, protege además de derechos adquiridos, situaciones intermedias entre derechos adquiridos y meras expectativas⁴³, por ejemplo en materia pensional, quienes ya cumplieron con las semanas de cotización, pero les falta la edad, al momento de entrar en vigencia la nueva ley; y otras tesis señalan, que la condición más beneficiosa opera, cuando el legislador no establece un régimen de transición⁴⁴, caso en el cual, ante el cambio normativo coexisten en el tiempo, la ley antigua y la nueva, para el efecto se cita como ejemplo la invalidez, en donde es difícil predecir las contingencias que la pueden producir. (Neira Rodríguez, 2015, pág. 68).

Finalmente, el principio de la norma más favorable, el cual se encuentra contenido en el artículo 21 del Código Laboral⁴⁵, se presenta cuando una situación fáctica se puede solucionar por medio de dos o más normas que la regulan, las cuales se encuentran vigentes, caso en el cual se debe escoger la más favorable al trabajador. Por lo tanto, es ahí en la labor de interpretación de las controversias, en donde el operador jurídico debe aplicar la norma más favorable, sin tener en cuenta las reglas civiles de la aplicación de la ley en el tiempo o la jerarquía de normas, sino sólo, lo que le sea más favorable al trabajador (Neira Rodríguez, 2015, pág. 105).

Al respecto, Valero, citado por Neira Rodríguez (2015, pág. 105), señala “dicha regla de aplicación favorable desplaza en el Derecho Laboral el criterio de jerarquía normativa e implica

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de febrero de 2011, radicado 40662

⁴⁴ Corte Suprema de justicia, Sentencia de 2005, radicado 24280

⁴⁵ “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”

que la comparación entre las normas aplicables deba ser objetiva, razonada y tomar en cuenta la colectividad de los trabajadores.”

La Corte Constitucional por su parte, al referirse a este principio ha establecido una condición y es que la norma que se escoja, en aplicación de la norma más favorable, debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al operador jurídico elegir de cada norma lo que le convenga al trabajador, para crear una tercera norma, ya que se estaría convirtiendo en un legislador. Así en la sentencia T-997 de 2007 señaló: “La norma escogida...debe ser aplicada en su integridad, ya que de acuerdo con la legislación laboral pertinente, no le está permitido al juez o a la autoridad respectiva, elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Para Neira Rodríguez (2015, pág. 72), apoyada en sentencias de la Corte Suprema de Justicia⁴⁶ y de la Corte Constitucional⁴⁷, en materia pensional no opera el principio de condición más beneficiosa, por cuanto el legislador previó un régimen de transición, existiendo norma constitucional expresa para aplicar al respecto, dispuesta en el artículo 58 que señala: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencias del 2 de mayo de 2012 Radicado 41695 y del 25 de julio de 2012 radicado 38674

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-596 de 1997, C-789 de 2002, T-792 de 2010,

Capítulo 3

Régimen de Transición de los Servidores Públicos del Sistema General de Pensiones

3.1. Orígenes del régimen de transición:

Antes de la creación del “sistema general de pensiones” contenido en la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones, se encontraba consagrado en las Leyes 6 de 1945 y 33 de 1985. La Ley 6 de 1945, en la Sección III De las prestaciones oficiales, se ocupó de las pensiones de los trabajadores del orden nacional, sin hacer referencia alguna a los trabajadores de los órdenes territoriales, bien sea municipal o departamental. Lo anterior dio lugar a la expedición del Decreto 2767 de 1945, con el cual se extendieron los beneficios del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 a los trabajadores del orden municipal y departamental.

Con la ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 de 1945 a su vez, se estableció una división entre las personas que trabajaban para el Estado en los niveles nacional, departamental o municipal, y las personas que no trabajaban para éste, dando origen al régimen especial de los Trabajadores Oficiales, pero manteniendo un régimen general para los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales.

El derecho a la pensión, consagrado en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, se establecía en favor de “el empleado u obrero que haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo”.

Luego, la Ley 33 de 1985 reguló la pensión de los empleados oficiales, entendiendo por ellos, “los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social”⁴⁸. Así mismo respetó los regímenes especiales de pensiones vigentes a su expedición, que para la época regulaban la pensión de ciertos servidores oficiales en relación con el tiempo de servicios y/o la cuantía⁴⁹. (CSJ, sentencia 18232 del 18 de marzo de 2003)

La Ley 33 la consagró el derecho a la pensión de vejez para: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55)...equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”⁵⁰

Con la Ley 33 de 1985, si bien se modificó el sistema pensional de los servidores territoriales, por cuanto se unificó en 55 años la edad de jubilación para hombres y mujeres, se creó un régimen de transición, para los empleados oficiales que a partir de la fecha de su vigencia (29 de enero de 1985) hubieran cumplido 15 años de servicios continuos o discontinuos, a quienes se les continuaría aplicando la ley 6 de 1945 en cuando a la edad.⁵¹

⁴⁸ Artículo 13 de la Ley 33 de 1985.

⁴⁹ Eran regímenes especiales, los correspondientes al: personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional, conforme al Decreto 2247 de 1984, la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, consagrados en el Decreto 546 de 1971, el Servicio Orgánico y Consular, estipulado en el Decreto 2016 de 1968), el de los Miembros del Congreso, entre otros.

⁵⁰ Artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

⁵¹ Sentencia T-013 del 14 de enero de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En esta tutela se pretendía la protección del derecho a la seguridad social, al no concedérsele pensión por Ley 6 de 1945 por parte de la Universidad de Antioquia. Derecho que es tutelado por la Corte.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció que “la edad para acceder a la pensión de vejez continuaría siendo de 55 años para las mujeres y aumentaría a 60 años para los hombres, hasta el año 2014, fecha a partir de la cual, las edades se incrementarían a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”⁵².

Sin embargo, si bien señaló los requisitos generales del sistema general de pensiones, también creó un régimen de transición, para “las mujeres que el 1° de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o los hombres que a la misma fecha tuvieran 40 años, o que a la misma fecha, cualquiera tuviera 15 años o más de servicios”⁵³.

La Ley 100 de 1993, fue reglamentada por el Decreto 691 de 1994, por medio del cual se incorporó al sistema general de pensiones, a los funcionarios de la rama ejecutiva nacional, departamental, municipal o distrital, a los de sus entidades descentralizadas, a los servidores públicos del Congreso, de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía, de la Contraloría y a los de la Organización Electoral⁵⁴; igualmente indicó, respecto de la vigencia del sistema general de pensiones, que para los del orden nacional comenzaría a regir el 1° de abril de 1994, y el 30 de junio de 1995 para los demás órdenes territoriales, no obstante les respetó, para quienes reunían los requisitos, el régimen de transición⁵⁵, así: “Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan.”

⁵² Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

⁵³ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁵⁴ Artículo 1 del Decreto 691 de 1994.

⁵⁵ Consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Pese a ello, la Ley 100 de 1993 mantuvo en el artículo 279 los regímenes exceptuados de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (decreto-Ley 1214 de 1990), los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Ley 91 de 1989) y a los Servidores Públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL.

En conclusión, pese a la pretensión de Sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, aún coexisten varios regímenes pensionales solidarios de prima media con prestación definida: la regla general, establecida en el artículo 33, el régimen de transición, establecido en el artículo 36, los regímenes excepcionales previstos en el artículo 279 y en otras disposiciones y los derechos adquiridos con base en regímenes pensionales anteriores. (C-631, 2003)

3.2. Servidores públicos a quienes se aplica el régimen general de pensiones.

Como lo advertí desde la introducción, el presente trabajo hace alusión a los servidores públicos a quienes se les aplica el Sistema General de Pensiones, diferentes de aquellos a quienes se les aplican los regímenes especiales o exceptuados (artículos 11 y 279, Ley 100 de 1993).

Son funcionarios públicos, aquellas personas naturales que ejercen una función pública. Sin embargo como hay diferentes formas de relacionarse con el Estado, es allí donde surgen las diferentes categorías de funcionarios⁵⁶.

⁵⁶ El legislador desde la Ley 4 de 1913, siguiendo una definición finalista, creó la división entre empleados públicos y trabajadores oficiales, los primeros, como aquellos que ejercen funciones administrativas, y los segundos como los que realizan

La Constitución Política de 1991 en el artículo 123, unificó en el término de servidores públicos, a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, comprendidos en los tres poderes públicos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial; así mismo a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas. Sin embargo se mantiene la diferenciación de las normas anteriores para los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Se convierte así, el artículo 123 citado, en “la pauta para el tratamiento y la regulación de la naturaleza de 1ª relación laboral de los servidores del Estado, para la fijación del régimen salarial y prestacional, el régimen disciplinario y de control de la gestión pública de acuerdo con los postulados generales de la Constitución entre los cuales encontramos, el principio general de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta fundamental y el de igualdad en las relaciones laborales establecido en el artículo 53 de la misma norma superior.” (C-681, 2003)

En esta medida, se excluyen del régimen de transición, aquellos trabajadores que se encuentren regulados por regímenes especiales y exceptuados, los cuales están consagrados en favor de determinados grupos de trabajadores, en principio ligadas a la actividad que desarrollan, y que no necesariamente corresponden a los regímenes de transición, porque en tal sentido, cuentan

obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado. Así mismo, clasificó a los empleados públicos en: magistrados, que son quienes ejercen jurisdicción y autoridad; en simples funcionarios públicos, que son quienes cumplen funciones en calidad de empleados sin autoridad o jurisdicción; y los meros oficiales públicos, que son quienes ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar aún sin tener la calidad de empleado.

Posteriormente, con el Decreto 3135 de 1968, se siguió el criterio organicista, clasificando a los empleados públicos, como aquellos vinculados a los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades que ejercen la función pública, así como las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, que ejerzan actividades de dirección o confianza; y a los trabajadores oficiales como aquellos dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas.

A su vez, el Decreto 1848 de 1969, categorizó de manera general a los empleados públicos y trabajadores oficiales, como empleados oficiales, manteniendo la anterior estructura.

con una protección mayor que se justifica constitucionalmente por ser más favorable a los trabajadores a quienes se dirige, lo cual también es debido a la protección de los derechos adquiridos de ese determinado grupo.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la existencia de regímenes especiales y exceptuados se justifica, en cuanto ellos corresponden a sectores de trabajadores y pensionados, que durante el transcurso de sus luchas, han logrado mayores beneficios con respecto a los mínimos consagrados en la Constitución y en la ley, todo ello debido a sus reivindicaciones laborales. (C-461, 1995).

En síntesis, el régimen general de pensiones, se aplica a todo aquel servidor público que no se encuentre en algún régimen especial o exceptuado expresamente en la Ley o la Constitución.

3.3. Régimen de transición de la ley 100 de 1993.

Como lo referencie antes, el legislador, al momento de poner en vigencia el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993⁵⁷ tuvo en cuenta las diferentes situaciones fácticas que se presentaban en materia pensional en el país, a efectos de garantizar los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes (art. 58, C.P.). De ahí, que diferenció las siguientes situaciones:

⁵⁷ Decreto 691 de 1994: 1 de abril de 1994 para el orden nacional y 30 de junio de 1995 para el orden territorial)

Quienes consolidaron el status de pensionados, pero no tenían el reconocimiento del derecho mediante acto administrativo.

Aquellos que, pese a no reunir todas las condiciones para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión, estaban más o menos próximos a hacerlo.

Para los primeros, la Ley 100 de 1993 dispuso que a esas personas debían respetárseles las condiciones de los regímenes anteriores, en cuanto fueran favorables a ellos⁵⁸. Así, estas personas tenían derecho a que se les aplicara en su integridad la Ley 33 de 1985.

Para los segundos, como no habían consolidado su situación de pensionados y por lo tanto no habían adquirido ningún derecho pensional, se les reconoció, en el artículo 36, un régimen de transición, en las siguientes condiciones:

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

⁵⁸ 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.

personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

De esta manera el régimen de transición se previó en favor de tres categorías de trabajadores: los hombres que tuvieran más de 40 años; las mujeres mayores de 35 y; los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años de servicios; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones.

El régimen de transición fue objeto de acción de constitucionalidad, sin embargo la Corte Constitucional la declaró exequible mediante la sentencia C-168 de 1995, en la cual entre otros se expresó, que no vulnera los derechos adquiridos, por cuanto se constituyó frente a meras expectativas de derecho, de quienes aún no se han consolidado los requisitos para pensionarse.⁵⁹.

El régimen de transición así concebido, permite que quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez, se pensionen con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores, para el caso de los servidores públicos del régimen general de pensiones, con la Ley 33 de 1985, ello con el fin de no defraudar a quienes tenían una expectativa de adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues la ley 100 de 1993 exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

⁵⁹ Sentencia C-168 del 20 de noviembre de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3.4. Liquidación de la pensión antes de la Ley 100 de 1993.

Antes de la Ley 100 de 1993, en el sector público, la mayoría de servidores no cotizaban y si lo hacían, era con base en unos aportes señalados en la Ley o en la norma de creación de la respectiva caja o fondo, a quien debían aportar⁶⁰, y en el sector privado, las cotizaciones se llevaban a cabo sobre los parámetros de las llamadas tablas de categorías y aportes⁶¹, sobre el salario base de liquidación⁶².

Las tablas de categorías y aportes, establecían los toques máximos de categorías de salarios asegurables, los deberes de actualización y de reclamaciones por novedades, de forma que los afiliados de elevados ingresos que aspiraban a acceder a una pensión por vejez no solamente quedaban directamente sujetos a los toques máximos de pensión señalados en la ley 71 de 1988 - 15 veces el salario mínimo legal -, sino también, de manera indirecta, a los que surgían de la aplicación de las tablas categorías y aportes.

La última tabla vigente, señalaba que el salario máximo asegurable, era de \$22.169,00, así mismo regulaba las siguientes categorías de aportes⁶³:

⁶⁰ La Ley 6 de 1945 que creó a Cajanal, señalaba en el artículo 20 que: “El capital de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, se formara así: a. Con un aporte anual equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos ordinarios del Presupuesto de la Nación. b. Con un aporte equivalente al tres por ciento (3%) mensual de los sueldos de los empleados nacionales de cualquier clase, cubierto por éstos. c. Con un aporte equivalente al dos por ciento (2%) mensual de los jornales de los obreros nacionales de cualquier clase, cubierto por éstos. d. Con un aporte equivalente a la tercera parte del primer sueldo mensual de todo empleado nacional, cubierto por éste.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Radicado 10440, Sala de Casación Laboral, 27 de marzo de 1998, M.P. Jose Roberto Herrera Vergara.

⁶² Inicialmente se consagraron en los Decretos 1825 de 1.965, 1036 de 1.972, 2394 de 1.974, 3090 de 1.979, 2630 de 1.983; finalmente se encontraban reguladas en el Acuerdo 048 del 19 de octubre de 1989 expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales y el Decreto 2610 de 1989 por medio del cual se aprueba dicho Acuerdo, por el Presidente de la República.

⁶³ Decreto 2610 del 14 de noviembre de 1989.

Tabla 1. Categoría de aportes:

Categoría	Salarios Desde	Diarios Hasta	Salario base diario	Salario base mensual
32	5.250	5.761.99	5.502.00	165.180
33	5.762	6.307.99	6.035.00	181.050
34	6.308	6.885.99	6.597.00	197.910
35	6.886	7.499.99	7.193.00	215.790
36	7.500	8.147.99	7.824.00	234.720
37	8.148	8.833.99	8.491.00	254.730
38	8.834	9.555.99	9.195.00	275.850
39	9.556	10.317.99	9.937.00	298.110
40	10.318	11.117.99	10.718.00	321.540
41	11.118	11.959.99	11.539.00	346.170
42	11.960	12.841.99	12.401.00	372.030
43	12.842	13.767.99	13.305.00	399.150
44	13.768	14.735.99	14.252.00	427.560
45	14.736	15.749.99	15.243.00	457.290
46	15.750	16.807.99	16.279.00	488.370
47	16.808	17.913.99	17.361.00	520.830
48	17.914	19.065.99	18.490.00	554.700
49	19.066	20.267.99	19.667.00	590.010
50	20.268	21.517.99	20.893.00	626.790
51	21.518	22.819.99	22.169.00	665.070

Conforme a estas tablas, si la persona percibía un salario diario que lo ubicaba en la categoría 47, su salario base mensual para efectos de cotización, sería de \$520.830.

Con todo lo anterior, podemos establecer como conclusión, que previo a la expedición de la Ley 100 de 1993, existía un sistema de cotizaciones que sólo aplicaba al Instituto de los Seguros Sociales y se basaba en un sistema de aportes, en donde la cuantía básica de liquidación de las

pensiones, correspondía al salario base de cotización de las últimas cien semanas, esto es, aproximadamente dos años. No obstante también existía, respecto de los servidores públicos, quienes en general no cotizaban, una forma de liquidar la pensión, con el salario promedio devengado por el servidor público en el último año de servicios.

3.5. El concepto de Ingreso Base de Liquidación en la Ley 100 de 1993.

Este es un concepto novedoso dentro del sistema general de pensiones, adoptado con la Ley 100 de 1993, según el cual en términos generales, la pensión se liquida sobre los factores salariales cotizados por el empleador y el empleado, teniendo en cuenta el promedio de los últimos diez años

Con la Ley 100 de 1993, si bien también se habla de cotizaciones, las mismas se definen de manera diferente al ingreso base de liquidación. Esto es, para hablar de ingreso base de liquidación de la pensión, primero se debe tener claro, que es ingreso base de cotización, el cual sirve de base para calcular los aportes al sistema de seguridad social, no sólo en pensiones, sino en salud y riesgos profesionales.

Así, los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993, sobre el ingreso base cotización, señalan:

ARTICULO. 17.- Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del

sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.

ARTICULO. 18.- Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

PARÁGRAFO. 2º-A partir de la vigencia de la presente ley se eliminan las tablas de categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales y de las demás entidades de previsión y seguridad social. En consecuencia, las cotizaciones se liquidarán con base en el salario devengado por el afiliado. (Subrayas propias)

Ahora bien, respecto a que factores que se consideran salario, en el acápite 3.6. se hará alusión a los conceptos que hacen parte del mismo, y las discusiones que existen al respecto.

De otro lado, el ingreso base de liquidación se encuentra consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así:

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

En síntesis, una de las características del sistema general de pensiones, es que tanto los trabajadores, como los empleadores deben efectuar cotizaciones, por lo tanto las administradoras de pensiones, deben velar porque el responsable de las cotizaciones – el empleador –, efectúe las cotizaciones a que haya lugar, con el fin de que el trabajador, pueda acceder al derecho pensional, cuando reúna los requisitos establecidos en la ley. En esta medida, las cotizaciones se convierten en la fuente de los derechos pensionales del trabajador⁶⁴.

También debe tenerse en cuenta que ingreso base de liquidación, es diferente a monto de la pensión, por cuanto éste último sólo hace alusión al porcentaje que se aplica al ingreso base de liquidación, y que finalmente corresponderá con el valor de la pensión.

El artículo 36 que regula el régimen de transición, señala respecto del ingreso base de liquidación:

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

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Radicado 10440, Sala de Casación Laboral, 27 de marzo de 1998, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

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

De la norma se extrae, que en el régimen de transición, existen dos formas de liquidar el Ingreso Base de Liquidación:

Si la persona se encuentra en régimen de transición, tendrá derecho a que le apliquen la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto, del régimen anterior (Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres, 20 años de servicios y 75% sobre el IBL), pero respecto de las demás condiciones, es decir, la forma de calcular la pensión, se aplicará lo dispuesto sobre el IBL en la Ley 100 de 1993, esto es, “el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años”⁶⁵.

Si la persona está en régimen de transición, pero a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltan menos de diez años para pensionarse, el IBL “será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior,

⁶⁵ Artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.⁶⁶”

El legislador en tal sentido pretendió crear un régimen de transición, para que las personas que reunían determinadas condiciones, pudieran pensionarse con los requisitos dispuestos en el régimen anterior, pero sólo respecto de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, porque en relación con la forma de liquidar la pensión, reguló expresamente que se calcularía con las disposiciones del ingreso base de liquidación, señalado en la Ley 100 de 1993⁶⁷.

Por consiguiente, la Ley 100 de 1993, entró a modificar la forma de calcular la pensión, a través de la metodología del ingreso base de liquidación, el cual se aplica de manera general a todas las pensiones que se encuentren reguladas por el régimen de prima media con prestación definida, independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que el pensionado haya tenido con su empleador, lo cual a su vez evidencia la aplicación del principio de igualdad.

Pese a lo anterior, en el capítulo siguiente mostraré las diferentes interpretaciones que se han generado al respecto.

⁶⁶ Inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

⁶⁷ Bien, el señalado en el inciso 3 del artículo 36, o el señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993

3.6 Factores salariales que conforman el Ingreso Base de Liquidación:

Otro aspecto que hay que tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación, es el relacionado, con los factores salariales que lo conforman, ya que en principio, la pensión debe ser proporcional al ingreso percibido por el trabajador, lo cual se refleja en el monto de las cotizaciones o aportes efectuados⁶⁸.

El numeral f del artículo 13 de la Ley 100, que describe las características del sistema general de pensiones, señala que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en cualquiera de los dos regímenes pensionales” (régimen de prima media con prestaciones definida o régimen de ahorro individual con solidaridad), se deben tener en cuenta “las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, sin importar si dicha cotización se hizo al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o del sector privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios”.

Así mismo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, hace referencia a que para efectos del reconocimiento de la pensión, se deberá tener en cuenta las cotizaciones, bien que se hayan obtenido con anterioridad a la vigencia de la Ley o con posterioridad a la misma.

⁶⁸ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual, las cotizaciones son uno de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas, el ingreso base de liquidación pensional está compuesto por los mismos factores que sirvieron de base para cotizar al sistema por pensiones, salud o riesgos profesionales. En esta medida, el salario base de cotización al régimen pensional, para los trabajadores dependientes, varía si pertenecen al sector privado o al público, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, debemos diferenciar, si nos referimos a un trabajador, cuyo salario base de cotización lo constituyen factores a que se refiera el Código Sustantivo del Trabajo; o si nos referimos a un servidor público, para quien el salario base de cotización es el que señale el Gobierno Nacional⁶⁹.

Respecto de los factores a cotizar, el Decreto 691 de 1994 fijó la base de cotización a los regímenes pensionales de los trabajadores del sector público, no obstante, el mismo fue modificado con posterioridad, por los Decretos 1158 de 1994 y 1068 de 1995.

Conforme al artículo 7 del Decreto 1068 de 1995 «el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones respecto de los servidores públicos», se conforma por:

- a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados.

⁶⁹ De conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

En esta medida, los anteriores son los factores salariales sobre los cuales se cotiza para efectos de pensión, y sobre los cuales en principio, se debe liquidar la pensión.

Capítulo 4

Análisis Dinámico y Estático del Precedente de la Corte Constitucional Frente al Régimen de Transición

A partir del presente capítulo se analizará, desde el punto de vista dinámico y estático, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, acogiendo la metodología de López Medina (2006). En primer lugar se identificarán las sentencias hito en torno a la existencia del régimen de transición, su justificación y aplicación en relación con el Ingreso Base de Liquidación⁷⁰, las cuales luego se graficarán mostrando el balance constitucional dentro de dos extremos posibles.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se abordará en tres períodos⁷¹; un primer período comprendido entre 1992 y 1999, en el cual la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de donde se desprende la sentencia fundadora de línea⁷² en torno a la justificación de la creación legislativa del régimen de transición; un segundo período, comprendido entre los años 2000 y 2008, en el que se evidencia jurisprudencia consolidadora⁷³ y modificadora de línea⁷⁴, ante la presencia de un cambio jurisprudencial en torno a la concepción del régimen de transición; y un tercer período, comprendido entre el 2009 a la

⁷⁰ De ahora en adelante IBL.

⁷¹ Es una división personal, teniendo en cuenta la gran cantidad de sentencias emitidas en torno al régimen de transición, su justificación y aplicación del IBL, por lo tanto partiré de los periodos constitucional de los magistrados de la Corte Constitucional, conforme a los artículos 241 a 244 de la Constitución Política y artículos 43 a 49 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁷² Conforme a la doctrina de López Medina (2006), es una clase de sentencia hito, porque se emiten ante el vacío jurisprudencial existente en el periodo inicial de la Corte Constitucional. Si bien no son sentencias dominantes, son utilizadas por su amplio contenido en torno a principios y reglas del tema de estudio. (López Medina P.164)

⁷³ Por definir sub reglas de derecho más estructuradas, partiendo de la línea jurisprudencial (López Medina P.164)

⁷⁴ Por existir cambios fuertes de jurisprudencia, dentro de la línea (López Medina P.165)

fecha, durante el cual, la Corte emite su sentencia dominante⁷⁵, al pronunciarse frente al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con régimen de transición, sentencias que se tornan en fundamentales, teniendo en cuenta que desde la declaratoria de exequibilidad de la norma, no existía un pronunciamiento claro al respecto.

4.1. Primer período de la Corte Constitucional 1992 – 1999.

El problema jurídico que se plantea en esta primera etapa, es el de establecer si el régimen de transición constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia. En esta medida, es preciso anunciar desde ya, que los pronunciamientos de la Corte Constitucional en este periodo, sólo hacen alusión a las facultades del Legislador para la creación del régimen de transición y los requisitos previstos para acceder al mismo, más no se pronuncian claramente frente a la forma correcta de liquidar las pensiones que se encuentran en régimen de transición, es decir, al ingreso base de liquidación.

Para encontrar una respuesta a este primer problema, se destacan las Sentencias C-126⁷⁶ y C-168⁷⁷ de 1995, que se pronuncian sobre la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁷⁸.

⁷⁵ Por contener una interpretación vigente en torno a la interpretación del tema objeto de estudio.

⁷⁶ Corte Constitucional, 22 de Marzo de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara

⁷⁷ Corte Constitucional, 20 de Abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁸ Es importante señalar que la Ley 100 de 1993 ha sido objeto de diferentes demandas de constitucionalidad, en torno al Sistema General de Pensiones, de las cuales se destacan las Sentencias C-408 del 15 de septiembre de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, por medio de la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 100 de 1993, ante la demanda de que la misma debía haberse tramitado como Ley Estatutaria y no como Ley Ordinaria; La Sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, en la cual la Corte se pronuncia sobre la exequibilidad del artículo 142 de la Ley 100 de 1993; y la Sentencia C-410 del 15 de Septiembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz en la cual se analizó la exequibilidad de los artículos 33 parcial, 36 numeral 4, 61 parcial, 64 parcial, 65 parcial, 117 parcial y 133 parcial de la Ley 100 de 1993, por considerarse que existía una violación al derecho a la igualdad al establecerse una diferencia de edades entre hombres y mujeres.

En la Sentencia C-126 de 1995⁷⁹, la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁸⁰ ante el cuestionamiento acerca de la creación de un régimen pensional que altera hacia el futuro la edad de acceso a la pensión de jubilación, aumentándola en lugar de disminuirla, lo cual se considera como una negación del derecho fundamental de acceso a la seguridad social integral. La Corte declara la exequibilidad de la norma acusada, fundamentada en que el Legislador en virtud de las facultades constitucionales puede introducir reformas para garantizar los derechos de la población, conforme a las necesidades sociales y la evolución de los tiempos, por lo tanto, ante el crecimiento de la expectativa de vida y por ende de la capacidad laboral de la población, puede, en esta medida, regular los requisitos para acceder al sistema general de pensiones, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, sin que ello vulnere los derechos adquiridos ya consolidados, conforme a la legislación preexistente, porque al actuar de ésta manera, sólo se ocupa de regular meras expectativas de adquisición del derecho⁸¹.

La diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas, es desarrollada en la Sentencia C-168 de 1995⁸², en la que también hace control de constitucionalidad de algunos

⁷⁹ Corte Constitucional, 22 de marzo de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara. Se analiza la constitucionalidad de los artículos 15, 33, 36, 129, 133 y 259 de la Ley 100 de 1993, por la supuesta violación de los artículos 1, 4, 11, 12, 13, 46 y 48 de la Constitución Política.

⁸⁰ La norma también había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-410 del 15 de septiembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, por violación al principio de igualdad. Sin embargo señala la Corte, que se trata de cosa juzgada relativa y no absoluta, al tratarse de otros aspectos no considerados inicialmente.

⁸¹ La Corte Constitucional, en la Sentencia C-126 de 1995 entre otros señaló: «El Congreso entonces, está habilitado para reformar las leyes existentes, adecuándolas a las necesidades sobrevinientes, a los cambios estructurales a nivel político, social y económico, y en el caso particular, al crecimiento en las expectativas de vida de la población, sin que puedan abolirse aquellas regulaciones legales que tiendan a fijar los requisitos necesarios para el otorgamiento y disfrute hacia el futuro de la respectiva prestación social.

Finalmente, considera la Corte conveniente precisar que la cuestión debatida no involucra un desconocimiento de los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidan bajo el amparo de la legislación preexistente, no tienen por qué ser alteradas en el evento de que entre a operar la hipótesis prevista para el año 2014. Las meras expectativas mientras tanto permanecen sujetas a la regulación futura que la ley ha introducido, situación perfectamente válida si se tiene en cuenta que los derechos pertinentes no se han perfeccionado conforme a lo dispuesto en la ley.»

⁸² Corte Constitucional, 20 de Abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

aportes de los artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, ante la acusación de que atentan contra la “condición más beneficiosa”, consagrada en el inciso final del artículo 53 de la Constitución Política, según la cual no se puede desconocer “los derechos aún no consolidados de los trabajadores, consagrados en normas anteriores”, por cuanto al aumentarse la base salarial, a partir de la cual se liquida la pensión (ya no va a ser un año, sino diez años) y la edad pensional en cinco años (en mujeres continua en 55, pero en hombres subió a 60⁸³), se desconocen los derechos aún no consolidados de quienes están próximos a pensionarse por vejez.

Partiendo del artículo 53 de la Constitución Política, la Corte Constitucional diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas⁸⁴, al señalar que son derechos adquiridos aquellos que se consolidaron bajo la vigencia de una Ley anterior. Si a la entrada en vigencia de la Ley, la persona ya había reunido los requisitos señalados en la norma para pensionarse, en cuanto a edad y tiempo de servicios, se entiende que adquirió el derecho y, la Ley posterior no puede menoscabarlo. Los derechos adquiridos son intangibles, no pudiendo el Legislador al expedir una nueva Ley, lesionarlos o desconocerlos. Se refiere así a los derechos adquiridos como “supuestos de eficacia inmediata”.

Por otro lado, son meras expectativas, las situaciones que no se han cumplido cuando la nueva Ley inicia vigencia, es decir, los supuestos de edad y tiempo de servicios de la Ley anterior no se dieron, son sólo probabilidades o esperanzas de obtener algún día un derecho. En tal sentido, las meras expectativas, como no son derechos, pueden ser modificadas discrecionalmente por el

⁸³ Edades que se incrementaron en 2 años, a partir del 01 de enero de 2014, conforme al artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que introduce reformas en la Ley 100 de 1993, en este caso, al artículo 33.

⁸⁴ Diferencia que ya había sido fundamento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-529 del 24 de noviembre de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que declaró la exequibilidad del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por considerarse que violaba los derechos adquiridos, al derogar las normas contrarias a la Ley.

Legislador, tienen una “eficacia diferida condicional”, por carecer de relevancia jurídica, por cuanto sólo generan consecuencias jurídicas si la hipótesis contemplada en la norma sucede, por lo tanto, dependen de un hecho futuro, del cual no se tiene certeza. El Legislador puede, mediante la creación de Leyes, modificar situaciones que se fundamentan en meras expectativas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución Política a efectos de garantizar derechos y de acuerdo a las necesidades, conveniencias sociales y a la evolución del tiempo.

En esta sentencia, la Corte, frente a la “condición más beneficiosa”, consagrada en el inciso final del artículo 53 de la Constitución Política, señala que la misma hace alusión a los derechos adquiridos, y no a las meras expectativas, porque no se puede vulnerar lo que no es derecho⁸⁵. Así mismo, agrega que pensar lo contrario, es dar paso a la teoría de la irreversibilidad, conforme a la cual, las normas laborales se volverían estáticas e inmodificables, lo que sería ir en contravía de los cambios sociales, culturales y económicos que se presentan en la sociedad. Finalmente expresa que la condición más beneficiosa, está garantizada con la aplicación del principio de favorabilidad, conforme al cual, si el intérprete tiene duda sobre la aplicación de una o varias normas vigentes, deberá aplicar la que más favorezca al trabajador.⁸⁶

⁸⁵ La Corte Constitucional señala: «Quiere esto decir, que el constituyente prohíbe menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma? Para la Corte es indudable que tales derechos no pueden ser otros que los "derechos adquiridos", conclusión a la que se llega haciendo un análisis sistemático de los artículos 53, inciso final, y 58 de la Carta. Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución Política protege "derechos" que no son derechos, lo cual no se ajusta al Ordenamiento Superior, como se consignó en párrafos anteriores.»

⁸⁶ La Corte Constitucional, también se pronunció en este sentido en las Sentencias: C-410 del 28 de Agosto de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, en la cual se declaró la exequibilidad del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, el cual señala: «Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes...» En la sentencia C-596 del 20 de Noviembre de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, se pronuncia nuevamente frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante sólo en relación con la frase «al cual se encuentran afiliados», declarado exequible conforme a la sentencia C-126 de 1995; y en la Sentencia SU-430 del 19 de Agosto de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesase, al analizar la situación del régimen especial de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles –CAXDAC, reitera lo manifestado en la Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en esta sentencia revisa una situación fáctica en la cual se negó la pensión especial de jubilación, por no cumplir los requisitos de la ley laboral y los estatutos de dicha entidad, en el sentido de señalar que cuando los requisitos de la edad, tiempo de servicios o

Ahora, frente al ingreso base de liquidación del régimen de transición consagrado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como se advirtió al principio, la Corte sólo hace alusión al mismo en un párrafo de la sentencia C-168 de 1995, en el cual señala que dicha consagración no viola la Constitución Política, sino que por el contrario protege las expectativas de quienes están próximos a pensionarse. Sin embargo no hace consideración adicional alguna.⁸⁷

En este período de tiempo, son innumerables los fallos de tutela respecto al tema pensional, sin embargo no se encuentran sentencias en las cuales la Corte Constitucional se pronuncia frente al régimen de transición y la aplicación de la Ley 33 de 1985. Del análisis de algunas tutelas, se evidencia que la Corte fue conservadora en cuando a la protección de los derechos, por cuanto en la mayoría de las sentencias en que los accionantes invocaron la acción de tutela para el otorgamiento o la reliquidación de la pensión con el ingreso base de liquidación del último año de servicios, la Corte Constitucional negó su procedencia, por considerarla un mecanismo excepcionalísimo que no puede entrar a suplantar la jurisdicción ordinaria, y sólo la concedió para proteger el derecho de petición⁸⁸ o el derecho a la seguridad social si se encontraba en conexidad

semanas cotizadas han pasado de simples expectativas a verdaderos derechos, no pueden ser desconocidos por normas posteriores, porque se desconocerían los derechos de las personas que han llegado a reunir los requisitos anteriormente descritos, los cuales son imprescriptibles. En esta Sentencia también se pronuncia frente a la naturaleza de la pensión, en el sentido de que la misma no debe ser entendida como una prestación gratuita o una dádiva que concede una Entidad Administradora de Pensiones, sino como un derecho adquirido que se alcanza cuando los requisitos de la edad, tiempo de servicios o semanas cotizada, han pasado de simples expectativas a verdaderos derechos, por lo tanto, no pueden ser desconocidos por normas posteriores, conforme a los artículos 13, 25, 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

⁸⁷ Es preciso señala que en esta Sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexistencia del siguiente aparte contenido en el artículo 36 respecto del IBL: “Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”.

⁸⁸ Sentencia T-242 de 1993 del 23 de junio de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, acción contra Cajanal, por considerar que se desconoció el derecho de petición, al no darse respuesta dentro del término a una solicitud de pensión, se concede la tutela. Sentencia T-116 del 25 de noviembre de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, acción interpuesta contra Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, para que resuelva derecho de petición de solicitud de pensión, se concedió la tutela.

con el derecho a la salud, a la vida y al mínimo vital⁸⁹, o cuando estaba en riesgo la salud o la vida de las personas de la tercera edad⁹⁰.

Como se anunció, en este primer período la Corte Constitucional se pronuncia sobre las amplias facultades con que cuenta el Legislador para regular el Sistema General de Pensiones, en lo atinente a los requisitos para acceder a la pensión, así como la facultad de constituir un régimen de transición, no obstante no se pronuncia de manera contundente, frente al ingreso base de liquidación o a la manera de liquidar la pensión cobijada por régimen de transición.

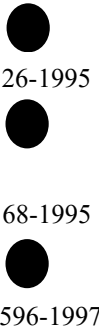
⁸⁹ Se encuentran: Sentencia T-371 de 1996 del 14 de Agosto de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara, en la cual se revisa el fallo de tutela del Juzgado Sexto Penal Municipal de Santa Marta, interpuesta en contra del Instituto de Seguros Sociales, Seccional del Magdalena, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, seguridad social y tercera edad, por habersele negado la pensión de vejez, la tutela se niega, porque el afectado dispone de otro medio de defensa judicial. Sentencia -001 del 21 de enero de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, en la cual se revisan los fallos proferidos por distintos jueces de la República al resolver sobre demandas acumuladas de tutela que tuvieron origen en las acciones instauradas contra el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, en liquidación. Algunos de los accionantes pretendieron, por la vía de la tutela, el reconocimiento y pago de reliquidación pensional, de indemnizaciones, de reajuste pensional, de indemnizaciones moratorias por no cancelación oportuna de prestaciones y por omisión en la práctica del examen médico de retiro. Los peticionarios señalaron como vulnerados sus derechos a la vida, al trabajo, a la integridad física, a la igualdad y a la seguridad social, y en algunos casos, el de petición. También invocaron el derecho a la dignidad humana y la obligación estatal de proteger, especialmente, a las personas de la tercera edad. En la mayoría de los casos la tutela se niega, porque el afectado dispone de otro medio de defensa judicial. Sentencia T-637 del 28 de noviembre de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara, en la cual se revisa un fallo en relación con solicitud de reliquidación de pensión presentada ante Cajanal. Se concede la tutela, para que se dé respuesta a la petición de reliquidación. Sentencia T-325 del 11 de mayo de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz, en la cual se analiza tutela instaurada contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora-, por supuestas omisiones en la respuesta a una petición de reliquidación de pensión dada su condición de persona de la tercera edad. Se declara la improcedencia de la tutela para ordenar aplicar régimen excepcional más beneficioso en reliquidación de pensiones. Sentencia T-612 del 29 de mayo de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, caso contra la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, por considerar vulnerados por esa entidad sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social ante la omisión de la entidad accionada de darle un trámite adecuado a su reliquidación o nivelación de su pensión de jubilación, es la circunstancia vulneradora de sus derechos fundamentales. Se declara la improcedencia de la tutela para reliquidar mesadas pensionales. Sentencia T-886 del 17 de julio de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual el accionante considera vulnerados sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana. Por ello, solicita que el juez de tutela ordene al Seguro Social el reajuste de la mesada pensional, la cancelación de intereses legales, la retroactividad de la pensión y la condena en costas a la entidad accionada. Se declara la improcedencia de la tutela para reliquidar mesadas pensionales.

⁹⁰ Sentencia T-426 de 1992 del 24 de Junio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, acción instaurada contra Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, para que resuelva derecho de petición de solicitud de pensión de sobrevivientes. Sentencia T-456 del 21 de octubre de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, formulada por un excongresistas en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - Fonprecon, por considerar vulnerado el derecho a la igualdad, al no pagárseles reajustes pensionales, se concede la tutela como mecanismo transitorio y hasta tanto la jurisdicción contencioso-administrativa defina el fondo del asunto planteando.

En esta medida, debo advertir, que ambas sentencias, la C-126 y C-168 de 1995 se convierte en sentencias hito, por cuanto van a fundamentar las diferentes posiciones interpretativas, en adelante.

Esta primera posición se puede evidenciar mejor en la siguiente tabla:

Tabla 2. ¿El régimen de transición constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia?

El régimen de transición sólo regula meras expectativas de derecho.	 C-126-1995 C-168-1995 C-596-1997	El régimen de transición es un derecho adquirido.
---	--	---

4.2 Segundo período de la Corte Constitucional 2000 – 2008.

En este segundo período Constitucional, existe una consolidación de la línea, mediante la Sentencia C-789 de 2002⁹¹ la cual analiza la afectación del Régimen de Transición de quienes se cambian del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual

⁹¹ Sentencia del 24 de Septiembre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se pronuncia frente a la protección del Régimen de Transición para los afiliados que se trasladaron del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, finalmente declara exequibles los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con Solidaridad. El problema jurídico consistió en determinar si el régimen de transición es un derecho adquirido para quienes cumplen los requisitos en él previstos, en cuanto a edad y tiempo de servicios y en tal sentido, si ante el cambio de régimen de manera voluntaria por el afiliado, ello implica la pérdida de los beneficios que de él se derivan.

En esta Sentencia, la Corte hace énfasis en la potestad configurativa del Legislador, quien en pensiones, acorde con la realidad social del país y los índices de mortalidad, expectativas de vida, aspectos demográficos y financieros, podrá variar los requisitos de edad, tiempo de servicios y semanas cotizadas para alcanzar la pensión, en aras de cumplir con los principios constitucionales de universalidad, eficiencia, y solidaridad, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política⁹². Así mismo, se fundamenta en la diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas para señalar que dentro de la potestad configurativa del legislador, éste puede restringir el acceso al régimen de transición, siempre y cuando se haga dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto quien se encuentra en dicho régimen, no tiene un derecho adquirido, sino una mera expectativa.⁹³ También argumenta, que si la persona no ha adquirido el derecho a pensionarse, no ha adquirido el derecho a una cuantía determinada de la pensión, por cuanto la finalidad del sistema no es “mantener el equilibrio entre costo-prestación”⁹⁴, sino atender las diferentes contingencias de los afiliados, sin que ello genere renuncia a beneficios laborales, ya que es una condición del régimen de transición y no de una ley posterior. Finalmente

⁹² Se ampara para ello, en las sentencias C-147 de 1997 que declara la exequibilidad del artículo 27 la Ley 56 de 1985 de arrendamientos y, C-613 de 1996 que declara la exequibilidad de los artículos 94 del Decreto Ley 3072 de 1968, 113 del Decreto 613 de 1977, 152 del Decreto Ley 2062 de 1984, 150 del Decreto Ley 1212 de 1990 y, 109 del Decreto Ley 1213 de 1990, sobre la carrera judicial en la Policía Nacional.

⁹³ Para este análisis se fundamenta en las sentencias C-596 de 1997 que declara la exequibilidad de la expresión «al cual se encuentren afiliados» contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, C-126 de 1995 que declara la exequibilidad del inciso 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁹⁴ Este argumento lo analiza partiendo de la sentencia C-086 de 2002 que declara la exequibilidad de los artículos 59, 60, 62, 63, 66, 68, 70, 72, 73, 76, 77, 78, 81, 82, 85, 88, 89, 90, 112, 113, 114 del Ley 100 de 1993.

señala, que el régimen de transición se consagra como un mecanismo de protección para quienes tienen la expectativa de adquirir un derecho, ante cambios legislativos, por estar próximos a pensionarse.

Hasta aquí, la línea jurisprudencial de la Corte, en torno al fundamento del régimen de transición como regulador de meras expectativas, es unificada, sin embargo, en el 2004 ante la expedición de la Ley 860 de 2003, la Corte Constitucional se pronuncia mediante la Sentencia C-754 de 2004⁹⁵, sobre la exequibilidad del artículo 4 con el que se pretendía modificar el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Si bien la norma es declarada inexecutable por vicios de procedimiento⁹⁶, dentro de su obiter dicta⁹⁷ y con fundamento en varias Sentencias de tutela⁹⁸, que según la Corte “precisan el alcance de los derechos de las personas en régimen de transición”, se pronuncia de manea contraria a la línea jurisprudencial existente, al considerar que el artículo 4 de la Ley 860 de 2004 cambia las reglas de juego establecidas para quienes estaban próximos a pensionarse, al señalar que los requisitos para acceder a la pensión, por pertenecer al régimen de transición no se pueden modificar, en tanto las personas adquieren

⁹⁵ Sentencia del 10 de Agosto de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁶ Ello fundamentada en los principios de consecutividad, ya que no se dio primer debate del proyecto de Ley, en la comisión constitucional permanente de una de las Cámaras; y, de identidad en el trámite legislativo, por cuanto se introdujeron modificaciones al proyecto de Ley en el segundo debate de cada Cámara.

⁹⁷ Ya que no es el fundamento que dio lugar a la declaratoria de inexecutable de la norma, sino una consideración que la misma Corte hace, teniendo en cuenta que el accionante dentro de sus argumentos señaló que la Ley 860 desconoce la jurisprudencia de la sentencia C-789 de 2002.

⁹⁸ Sentencia T-534 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se tuteló el derecho a la seguridad social de un ex funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, a quien, a pesar de pertenecer al Régimen de Transición, el Seguro Social le negaba su derecho a beneficiarse de la pensión en los términos que dicho régimen prevé porque le exigía para aplicar el Régimen de Transición, que el trabajador estuviere cotizando cuando el Sistema General de Pensiones entró a regir. Sentencia T-235 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, concedió el amparo constitucional impetrado por un extrabajador, vinculado al Sistema de Seguridad Social en el Régimen de Transición, a quien el Seguro Social no le reconocía la pensión, en virtud de una disposición de orden administrativo sobre la expedición de los bonos pensionales - artículo 18 del Decreto 1513 de 1998 - . Sentencia T-169 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, se concedió el amparo constitucional a una persona a quien la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, resolvió liquidarle su pensión de jubilación, por fuera del régimen especial al que pertenecía, entre otras razones señaló que “una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el Régimen de Transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar”. T-625 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Concedió la tutela por cuanto la entidad demandada descartaba la posibilidad de aplicar el Régimen de Transición a un servidor público argumentando que el 1º de abril de 1994 cotizaba para un empleador privado.

un derecho al régimen de transición y consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar⁹⁹.

También señala la Corte en esta sentencia, que en un Estado Social de Derecho se debe proteger la seguridad jurídica de los trabajadores y de los futuros pensionados, en virtud de los principios de confianza legítima y de interdicción a la arbitrariedad, ya que tienen derecho a que las reglas para acceder a la pensión no se varíen de repente y en forma desfavorable, lo cual genera confianza y a su vez contribuye a asegurar la paz social y la legitimidad de las instituciones. Así mismo, con fundamento en los principios de progresividad y conservación de la condición más beneficiosa, la ley no puede modificar inesperadamente y en forma desfavorable a una persona las reglas que señalan los requisitos para acceder a la pensión, así todavía no haya adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido las condiciones previstas en la ley para el efecto.

La anterior Sentencia tuvo salvamento de voto¹⁰⁰, en el cual se señaló que existió un equívoco conceptual, porque se asimila la protección de las expectativas legítimas de quienes se encuentran en régimen de transición, con los derechos adquiridos, al no aceptarse la inmodificabilidad del régimen. Es decir que la posición mayoritaria aceptó la inmodificabilidad del régimen. El salvamento considera que esa argumentación es problemática porque además de desconocer la jurisprudencia de la Corte, puede generar consecuencias constitucionales negativas,

⁹⁹ Dentro de algunos de sus apartes, la Corte señala: «Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C-789 de 2003 señaló que no existe propiamente un derecho adquirido a ingresar al Régimen de Transición, -pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al Régimen de Transición, únicamente modifica meras expectativas- esto no significa que las condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, -que es lo que se discute en relación con el artículo 4º de la Ley 860-, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas. (...) En otras palabras, en la Sentencia C-789 de 2002 la Corte advirtió claramente que si el cambio en la normativa del Régimen de Transición ocurre después de haber entrado a regir la norma y por tanto luego de haberse consolidado la situación de las personas a las que se les aplica, el mismo resulta ilegítimo.

¹⁰⁰ El salvamento de voto fue formulado por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes.

al petrificar constitucionalmente los regímenes de transición adoptados por el Congreso. Lo que impide que ante cambios demográficos o económicos, se piense que el Legislador no pueda modificar el Régimen de Transición.

También se considera en el salvamento, que lo que debió analizar la Corte fue si realmente las modificaciones al régimen de transición introducidas por la Ley 860 de 2003 respetaban “criterios de proporcionalidad y razonabilidad”, y no limitarse a señalar que el Legislador no podía modificar el régimen de transición y que las personas cobijadas por el mismo tenían un derecho adquirido y como tal se les debía respetar las condiciones en él establecidas, porque no se puede asumir que el régimen de transición es inalterable, sino que el régimen de transición es una expectativa legítima especialmente protegida, cuyas reglas pueden excepcionalmente ser alteradas, si el Legislador considera que existen motivos imperiosos que lo justifiquen.¹⁰¹

¹⁰¹ Quienes salvan el voto, consideran que el Legislador con la expedición de la Ley 100 de 1993 valoró que el país requería un cambio a fin de asegurar la viabilidad del sistema pensional, debido a los cambios demográficos y económicos que había tenido en las décadas anteriores, y fue por eso que estableció un Régimen de Transición, que conservaba los beneficios y condiciones de la regulación anterior, para aquellos trabajadores que se encontraban un poco más cerca para acceder a la pensión. Por ésta razón observan, que la Sentencia C-754 de 2004 incurre en un equívoco conceptual, por cuanto el Régimen de Transición no implica ser inmodificable por dos razones: Primero, porque la Corte ya había efectuado una distinción conceptual entre mera expectativa y derecho adquirido, en tal sentido se deben distinguir las condiciones que la Ley prevé para beneficiarse del Régimen de Transición de las condiciones previstas por el régimen para acceder a los beneficios pensionales que consagra. Una cosa es que la persona esté cubierta por un Régimen de Transición y eventualmente pueda obtener los beneficios que éste prevé, y otra muy distinta, que efectivamente haya adquirido la pensión por haber cumplido todos los requisitos señalados en dicho Régimen de Transición. Lo primero es una expectativa, lo segundo es un derecho adquirido. Segundo, por la relevancia normativa de los hechos sociales y económicos que han llevado, en ciertos casos, a que existan ciertos retrocesos, lo que hace imposible mantener una tesis de irreversibilidad absoluta de las conquistas sociales, ya que los Estados y las sociedades en determinadas circunstancias, pueden enfrentar dificultades económicas y cambios sociales que impiden mantener los niveles de protección que se hayan alcanzado. En tal sentido consideran, que no se debió prohibir el retroceso de manera absoluta, sino que debió existir una prohibición prima facie, es decir, existe una presunción de inconstitucionalidad en todo retroceso, no óbstate si el Legislador justifica que existieron razones para establecer esa regresión, fundamentadas en los principios del estado social de derecho, la misma se justifica en aras de proteger un determinado derecho.

También refutan los fundamentos que tuvo el fallo, al basarse en las Sentencias de tutela T-534 de 2001, T-235 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, porque ninguna de ellas versa sobre un cambio en las condiciones del Régimen de Transición, sino que se refieren a la calidad de derecho que frente a las autoridades administrativas tiene el Régimen de Transición para las personas que hayan cumplido las condiciones en él previstas para acceder a la pensión, pero en ninguna de las providencias estaba en entredicho la intangibilidad del Régimen de Transición frente a modificaciones legislativas introducidas con posterioridad a la Ley 100 de 1993, así mismo, en ninguna de las Sentencias se prohibió que el Legislador reformara dicho régimen. Consideran que lo que hacen los pronunciamientos de tutela, es ordenar a la administración y no al poder legislativo, aplicar el Régimen de Transición legal vigente a quienes ya reúnen los requisitos para pensionarse, pero no a quienes todavía no los han cumplido pero tienen la expectativa de cumplirlos en el futuro. En últimas, en ninguno de los fallos de tutela, se aborda el problema del status del Régimen de Transición frente a un cambio legislativo.

Con posterioridad a la anterior sentencia, y no menos importante, se encuentra la Sentencia C-663 de 2007¹⁰², en cuya ratio decidendi, la Corte Constitucional retoma la línea jurisprudencial prevista en la Sentencia C-168 de 1995 en torno a la diferencia entre derechos adquiridos y expectativas legítimas¹⁰³, y haciendo un análisis de la jurisprudencia constitucional, establece si el régimen de transición creado con el Decreto 2090 de 2003¹⁰⁴ es o no una medida proporcional del Legislador, señalando que los regímenes de transición protegen expectativas legítimas y no derechos adquiridos, como mecanismos de protección frente a los cambios introducidos por el Legislador ante una reforma normativa con el fin de no afectar la confianza legítima de quienes están próximos a adquirir un derecho, no queriendo decir ello, que no pueden ser objeto de modificación por el Legislador, ya que los mismos no son estáticos, sin embargo, si se modifican, deben tener como límites criterios de razonabilidad y proporcionalidad, protección de derechos

¹⁰² Sentencia C-663 del 29 de agosto de 2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual la Corte se pronuncia sobre la exequibilidad del artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003, «por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades», que creó un Régimen de Transición para las actividades de alto riesgo. El problema jurídico consistió en analizar si la norma acusada vulneró el principio de igualdad al consagrar un Régimen de Transición para los trabajadores de alto riesgo, para quienes al 28 de julio de 2003, - fecha de entrada en vigencia del decreto - hubiere cotizado 500 semanas de cotización especial, teniendo derecho, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión - 1000 semanas. Dice el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 sobre requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez: “Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”, a que la pensión especial le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

¹⁰³ Reiterando para ello la posición asumida en las Sentencias C-168 de 1995, así mismo se fundamenta en las Sentencias: C-189 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía, que declara la exequibilidad de los artículos 1 del Decreto 1281 de 1994 que regula el régimen pensional de las actividades de Alto Riesgo, 8 del Decreto 1282 de 1994 que regula el régimen pensional de los aviadores y 28 del Decreto 1295 de 1994 que determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales; C-613 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que declara la exequibilidad de los artículos 94 del Decreto Ley 3072 de 1968, 113 del Decreto 613 de 1977, 152 del Decreto Ley 2062 de 1984, 150 del Decreto Ley 1212 de 1990 y, 109 del Decreto Ley 1213 de 1990, sobre la carrera judicial en la Policía Nacional; C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, que declara la exequibilidad del artículo 27 la Ley 56 de 1985 de arrendamientos; C-596 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, que declara la exequibilidad de la expresión «al cual se encuentren afiliados» contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; C-926 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que declara la exequibilidad del parágrafo 2 del artículo 115-1 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 18 de la Ley 488 de 1998, sobre el impuesto a la renta; C-789 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, que declara exequibles los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; C-058 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, que declara la exequibilidad del numeral 5 del artículo 25 de la Ley 633 de 2000, Estatuto Tributario; C-781 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que declara la exequibilidad del artículo 29 de la Ley 789 de 2003; y; C-754 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, que declara la inexecutable del artículo 4 de la Ley 860 de 2003.

¹⁰⁴ «Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades»

mínimos de los trabajadores y progresividad de los derechos sociales¹⁰⁵, por cuanto en virtud de éstos últimos, el Legislador no puede desmejorar los beneficios establecidos previamente por las Leyes en favor de los trabajadores, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para ello.¹⁰⁶

Esta Sentencia tuvo salvamento de voto¹⁰⁷, en el cual se sostuvo que la norma debió ser declara inexecutable porque el régimen de transición es un derecho adquirido conforme el análisis previo de la Corte en la Sentencia C-754 de 2004, en tal sentido, la norma acusada no podía modificar el régimen de transición de quienes se encontraban en actividades de alto riesgo, por hacer más gravosa su situación.

En este periodo constitucional, es emitido el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política que limitó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁰⁸, al establecer como condición adicional, el requisito de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo y la no aplicación del régimen de transición, para quienes reúnan los requisitos en él previstos con posterioridad al 2014. Esta norma, si bien ha

¹⁰⁵ Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual la Corte conoció de una demanda contra los artículos 25, 26, 28 y 30 de la Ley 789 de 2002, acusados de violar los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, por disminuir las garantías laborales y afectar la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales.

¹⁰⁶ Luego del análisis de razonabilidad y proporcionalidad, la Corte encontró que la norma debía ser declarada executable de manera condicional, por cuanto si bien el requisito de las 500 semanas de cotización especial, era desproporcionado e irrazonable, porque de las fechas de vigencia de los regímenes de transición (Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 del 28 de julio de 2003), se pudo constatar que no existían más de 9 años, que equivalen a menos de 500 semanas cotizadas, es decir que ningún trabajador podría tener 500 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Decreto 2090, lo cual genera una barrera de acceso a los trabajadores de alto riesgo para hacer parte de ese Régimen de Transición; si es posible que las 500 semanas de cotización especial, se pueden acreditar con semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.

¹⁰⁷ Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁸ «Parágrafo transitorio 4º. 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.»

sido objeto de varias demandas de inconstitucionalidad, por considerarse que con la misma se extralimitaron las competencias del Congreso, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos se declaró inhibida para pronunciarse, argumentando para ello ineptitud sustancial de las demandas o no existencia de vicios de fondo en el trámite de la norma ante el Congreso, ante ello, la norma hoy tiene total vigencia¹⁰⁹.

Se encuentran en este periodo constitucional, diferentes fallos de tutela, relacionados ya no sólo con la aplicación del régimen de transición, sino con la forma de liquidar la pensión¹¹⁰. Así, la Sentencia T-235 de 2002¹¹¹, se convierte en sentencia modificadora de línea, y en fundamento de las sentencias emitidas por las diferentes Salas de Revisión de la Corte en adelante¹¹², en ella, si bien la Corte hace diferentes consideraciones en cuanto a la diferenciación entre bono pensional y cuota parte, así como la violación de derechos que da lugar a la interposición de la acción de tutela, al referirse al régimen de transición, señala que éste es un derecho subjetivo, establecido en

¹⁰⁹ En Sentencias C-181 de 2006, C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-986-2006 y C-153 de 2007, la Corte Constitucional se ha declarado inhibida para pronunciarse, primero por ineptitud sustancial de la demanda, en atención a que los cargos no demostraban la violación de las normas constitucionales, y segundo porque tampoco se demostró que existieran vicios de forma en el momento de su trámite ante el Congreso.

¹¹⁰ Se encuentran tres tipos: las que amparan el derecho a la seguridad social, porque es un derecho que se encuentran en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la igualdad o la tercera edad, como las sentencias T-1042 de 2002, T- 634 de 2002, T- 076 de 2003, T-463 de 2003, T-083 de 2004, T-245 de 2004, T-812 de 2004, T-159 de 2005, T-386 de 2005, T-432 de 2005, T-487 de 2005, T-562 de 2005, T-607 de 2005, T-158 de 2006; las que consideran que existe vía de hecho al no haberse dado aplicación al Régimen de Transición, el cual tiene como objetivo que quienes, una vez cumplan ciertas condiciones fijadas en la Ley, puedan pensionarse con los criterios establecidos en el régimen anterior que los cobijaba, como las sentencias T-169 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-671 de 2000, T-491 de 2001. T-631 de 2002, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; y finalmente hay tutelas que protegen el derecho de petición, porque en un Estado Social de Derecho debe haber pronta resolución a las peticiones, y dentro de ellas se encuentra el reconocimiento a la pensión, cuya no respuesta oportuna afecta el principio de igualdad material.

¹¹¹ Sentencia del 4 de abril de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se concedió el amparo, ante tutela impetrada por un extrabajador a quien el Instituto de los Seguros Sociales no le reconoció la pensión, por considerar que no se encontraba afiliado al Sistema General de Pensiones al 01 de abril de 1994 y a su vez, ante la no existencia del bono pensional - artículo 18 del Decreto 1513 de 1998. La Corte concluyó que la afiliación no es equiparable a la cotización, si bien la personas al 01 de abril de 1994 no estaba laborando, los empleos anteriores, en los cuales cotizó al ISS, le permitieron pertenecer al régimen de transición.

¹¹² En igual sentido al anterior, se encuentran las Sentencias T-470 de 2002, T-571 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-083 de 2004, T-651 de 2004, T-806 de 2004, T-386 de 2005, T-487 de 2005, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-251 de 2007, T-101 de 2008, T-180 de 2008, T-529 de 2008, T-008 de 2009, T-019 de 2009, T-090 de 2009, T-398 de 2009, T-610 de 2009 y T-948 de 2009, en las cuales también se protege la aplicación del Régimen de Transición, pero en relación con el régimen especial del Ministerio Público, la Rama Judicial, la Contraloría e incluso Decreto 758 de 1990.

favor de determinadas personas que están cercanas a cumplir los requisitos para pensionarse, para quienes, una vez entra en vigencia la norma que contiene la transición, consolida una situación jurídica concreta, un derecho adquirido que no se puede afectar, y en tal sentido, su titular tiene derecho a que el régimen anterior se aplique en su integridad, por cuanto es un principio de derecho laboral, que se convierte en irrenunciable con fundamento en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y también en razón del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993¹¹³. Aunque es una sentencia invocada constantemente, la misma no se pronunció frente a la forma de liquidar la pensión, empero al hablar de aplicación integral del régimen de transición, indirectamente está señalando que la pensión se liquida, como quedó regulado en el régimen anterior.

Llama la atención, la posición tomada en la Sentencia T-236 de 2006¹¹⁴, la cual se pronuncia sobre una pensión que fue concedida por régimen de transición, con los requisitos de Ley 33 de 1985, pero liquidada con el Ingreso Base de Liquidación de la Ley 100 de 1993. Esta sentencia fue resuelta por la Corte aplicando la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹⁵, es decir, señala que existió una violación de la norma al no aplicar el régimen anterior en su integridad, no sólo en relación con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, sino también en cuanto a la forma de liquidar la pensión. Como se verá más adelante, las sentencias del Consejo de Estado, se fundamentan en la Sentencia C-168 de 1995, en lo referente a la condición más

¹¹³ Esta norma señala entre otros: “(...) Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.(...)”

¹¹⁴ Sentencia del 23 de marzo de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, interpuesta contra el Seguro Social para que se ordenara la reliquidación de una pensión liquidada con el IBL de la Ley 100 de 1993, con el último año de servicios de la Ley 33 de 1985.

¹¹⁵ Sentencias del: 8 de junio de 2000, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado 2729-99; 21 de Septiembre de 2000, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Nicolás Pájaro Peñalanda, radicado 470-99; del 30 de Noviembre de 2000, Sección Segunda Subsección B, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado 3055 2004-00; sentencia del 18 de abril de 2002, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, Radicado 25000-23-25-000-1999-02967-01(2162-01).

beneficiosa y en los principios de favorabilidad, integridad e inescindibilidad de la norma, para señalar que se debe aplicar el régimen pensional anterior en su integridad¹¹⁶. A partir de esta sentencia, se evidencia la posibilidad, por vía de tutela y de manera transitoria mientras se acude a la Jurisdicción, de otorgar y liquidar la pensión con todos los requisitos del régimen anterior, por cuanto se considera que se violó el régimen de transición al aplicar erróneamente el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desconociendo el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 que ordena liquidar la pensión de vejez con el último año de servicios.

Otra Sentencia similar a la anterior aunque con fundamentos diferentes, es la T-997 de 2007¹¹⁷. En ella la Corte en sus considerandos, da aplicación al principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la Ley, con fundamento en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, según los cuales, prevalece la norma más favorable al trabajador, la cual se aplica de manera integral, es decir, que se aplica el régimen pensional

¹¹⁶ Jurisprudencia que se analizara en un capítulo subsiguiente.

¹¹⁷ Sentencia del 21 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería, interpuesta contra Caprecom, por varios exfuncionarios de Telecom, quienes solicitan la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, al considerar que en su calidad de trabajadores oficiales, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el ingreso base para liquidar su pensión de vejez corresponde al 75% del promedio de lo devengado durante su último año de servicio, y no al criterio señalado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del promedio de los últimos diez años. Esta sentencia se fundamenta directamente en la sentencia C-168 de 1995 para expresar que el régimen de transición protege los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad ante los cambios legislativos, en aras de que la persona en dichas condiciones, se pensione con los requisitos de la ley vigente a la fecha en que reunió los requisitos del régimen de transición; señala igualmente, que la condición establecida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a la cual, la liquidación de pensiones que se encuentran en régimen de transición, se debe hacer conforme a los requisitos de la Ley 100 de 1993, es incompatible con el principio de favorabilidad, y que en tal sentido, la noción de monto a que se refiere el artículo 36, hace alusión al ingreso base de liquidación, por lo tanto, si el régimen especial anterior (haciendo alusión a la Ley 33 de 1985), consagra la fórmula para calcular la pensión, se debe aplicar de manera integral; en esta medida, hace alusión a la inescindibilidad de la norma anterior. Agrega la Corte en esta Sentencia, que el principio de favorabilidad en materia laboral implica que en los casos en que «una misma situación jurídica se encuentre regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma», se debe aplicar o interpretar la norma más beneficiosa para el trabajador. En este sentido, la norma escogida bajo el criterio anterior debe ser aplicada en su integridad. En consecuencia, se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, en perjuicio del principio de favorabilidad, cuando se reconoce una pensión del régimen de transición, desconociendo, no aplicando o aplicando parcialmente las normas del régimen anterior. Es preciso señalar, que también hace referencia a las sentencias T-800 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-534 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-631 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1000 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-158 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto y T-251 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Corte en esta Sentencia niega el amparo al encontrar, que la pensión de los actores fue otorgada bajo requisitos de la Convención Colectiva de Telecom 1996 – 1997, la cual resultaba ser más beneficiosa que la aplicación de lo dispuesto sobre el particular en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y como tal, debía ser aplicada en su integridad, en virtud del principio de favorabilidad.

anterior, no sólo en los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, sino también, en la forma de liquidar la pensión¹¹⁸.

Conforme al anterior precedente, se encuentra que frente al Sistema general del servidor Público - Ley 33 de 1985 -, las Sentencias de tutela en general lo confunden con un régimen especial y consideran que no existe inescindibilidad de la norma, por lo tanto, si la persona está en transición, se debe aplicar la Ley 33 de 1985 en su integridad, es decir, no sólo en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, sino también en relación con la base para liquidar la pensión, esto es, último año de servicios.

Contrario a lo anterior, se encuentra la Sentencia T-1225 de 2008¹¹⁹, cuyo problema jurídico se centra en analizar, si una pensión reconocida por Régimen de Transición con los requisitos y base de liquidación de la Ley 33 de 1985, es contraria al ordenamiento, al solicitar el accionante la liquidación de la pensión con el IBL de la Ley 100 de 1993. La Corte Constitucional al decidir la acción, se fundamenta en la Sentencia C-168 de 1995, pero de manera favorable a los intereses del accionante, porque considera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se diferenció dos clases de personas, quienes tenían un derecho adquirido por haber consolidado los requisitos para pensionarse, y quienes sólo tenían una expectativa de pensionarse, por no reunir

¹¹⁸ Otros casos similares, son las Sentencias T-052 de 2008, T-174 de 2008 y, T-702 de 2009, en las que se concede la acción de tutela, ante la negativa del Seguro Social de concederle pensión con Ley 33 de 1985. También en la Sentencia T-414 de 2009 se analiza un caso en el cual existe la negativa del Seguro Social de conceder pensión con Ley 33 de 1985, y se concluye que se debe reconocer y pagar la pensión, no sólo con dicha norma, sino en un monto del 75%, con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

¹¹⁹ Sentencia del 5 de diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta Sentencia se consideró, que se encuentran dos variables adicionales, una, es la diferencia entre regímenes pensionales especiales y el régimen general, y otra, es la existencia de vacíos en el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993. Si bien en muchas Sentencias de tutela anteriores se deciden casos de personas beneficiarias del régimen de transición, las mismas son relacionadas con regímenes especiales, en las cuales se buscaba no solo la aplicación de los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto del régimen anterior, sino también que la liquidación se hiciera con el último año de servicios, y no con el IBL de la Ley 100 de 1993

requisitos, para quienes se consagró un régimen de transición, y a quienes si bien se les aplica los requisitos de pensión del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, al ser un Régimen General de Pensiones y no un Régimen Especial, la liquidación de la pensión se efectúa, conforme a las reglas dispuestas en la Ley 100 de 1993.

Se concluye de este período constitucional que el problema jurídico inicial en torno a si el régimen de transición es o no un derecho adquirido, es complementado, cuando se analiza si las pensiones otorgadas por régimen de transición, deben otorgarse y liquidarse con los requisitos establecidos en el régimen anterior, o por el contrario, si las pensiones se deben otorgar con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior y la liquidación se debe llevar a cabo conforme los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993. En esta medida, si bien se parte de la diferencia inicial efectuada por la Corte constitucional entre derechos adquiridos y meras expectativas, la Corte en este periodo, al analizar la forma de liquidar la pensión, equipara derechos adquiridos con régimen de transición, y no diferencia entre pensiones del Régimen General de Pensiones, y del Régimen Especial, dando ello lugar, con fundamento en los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la norma, a aplicar de manera integral los requisitos y la forma de liquidar la pensión, de la norma anterior, esto es, Ley 33 de 1985, a las personas que se encuentran en Régimen de Transición. En este sentido, el problema jurídico evidenciado, se grafica como sigue:

Tabla 3. ¿El régimen de transición constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia y si lo es, que régimen pensional, en materia de requisitos y liquidación, debe aplicarse?

<p>Las pensiones otorgadas por régimen de transición son expectativas de derecho, por lo tanto deben otorgarse con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior y la liquidación debe llevarse a cabo, conforme los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993</p>	<p>● C-789-2002</p> <p>● C-1056-2003</p> <p>● C-663-2007</p> <p>● T-1225-2008</p>	<p>● T-235-2002</p> <p>● C-754-2004</p> <p>● C-236-2006</p> <p>● T-997-2007</p>	<p>Las pensiones otorgadas por régimen de transición, al ser un derecho adquirido, deben otorgarse y liquidarse con los requisitos establecidos en el régimen anterior.</p>
---	---	---	---

4.3. Tercer período de la Corte Constitucional 2009 – 2015.

Al principio de este período se encuentran diferentes acciones de tutela¹²⁰ que continúa con la misma línea jurisprudencial enunciadas en el acápite anterior, en las cuales se ordena liquidar la

¹²⁰ Así por ejemplo, se encuentran las sentencias de tutela T-879 de 2010, T-013 de 2011, T-210 de 2011, T-149 de 2012, las cuales ordenan liquidar la pensión de los beneficiarios del Régimen de Transición, a quienes se les aplica los requisitos de la Ley 33 de 1985, con el promedio de los ingresos percibidos en el último año de servicios, es decir que se aplica de manera inescindible dicha norma. Por otra parte se encuentran las Sentencia T-165 de 2010, T-275 de 2010, T-794 de 2010 que si bien

pensión de los beneficiarios del régimen de transición con cada uno de los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, regulados en el régimen especial anterior, entendido como, Ley 33 de 1985, es decir, en esta medida se equipara monto de la pensión, a ingreso base de liquidación y Régimen General con Régimen Especial de Pensiones.

Entre el 2010 y 2013 se presentan nuevas demandas contra la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en torno a la liquidación de las pensiones que se encuentra en Régimen de Transición, en las que la Corte se inhibe para emitir un pronunciamiento de fondo, en atención a que ya se había pronunciado sobre la exequibilidad de la norma en las Sentencias C-126 y 168 de 1995¹²¹.

No obstante, mediante las Sentencias C-258 de 2013, y SU-230 de 2015, la Corte Constitucional da un giro a la línea jurisprudencial en relación con la liquidación de las pensiones

están interpuestas por servidores públicos, a quienes en principio se les debe aplicar el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, por medio de la Acción de Tutela, logran la aplicación del régimen especial, previsto en el Decreto 758; o la Sentencia T-904 de 2010, que ordena aplicar la Ley 71 de 1988, y las Sentencias T-762 de 2011, T-935 de 2011, T-860 de 2012 que ordenan aplicar el Decreto 546 de 2011 del Régimen del Ministerio público y Rama Judicial.

¹²¹ Por medio de la Sentencia C-1057 de 2010, cuya demanda se encaminaba a la declaratoria de inconstitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por vulnerar los derechos a la igualdad, trabajo e irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores, consagrados en el preámbulo y los artículos 1°, 13 y 53 de la Constitución Política. La Corte se inhibe de emitir un pronunciamiento de fondo, por considerar que existe cosa juzgada, al ya haberse resuelto una acusación similar en la Sentencia C-789 de 2002, en la cual se expresó que la contradicción alegada no existía, ya que los beneficios del Régimen de Transición no constituyen derechos y menos irrenunciables. También la Sentencia C-102 de 2013, en la cual se analiza una demanda de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener una redacción imprecisa sobre el “ingreso base de liquidación” y el “monto” generando ambigüedad a la hora de aplicarse la norma porque genera diversas interpretaciones por parte del operador jurídico, incluso al nivel de las altas Cortes. La Corte se inhibe de pronunciarse por considerar que los cargos no cumplen con los presupuestos de claridad y certeza, ya que no se ataca una norma en particular, sino las posibles interpretaciones de los jueces, tampoco se demuestra como el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 impide o restringe el acceso a la justicia. Finalmente la Sentencia C-358 de del 24 de junio de 2013, M.P. Augusto Trujillo Muñoz, en la cual se analizan los cargos formulados en contra del inciso 2o del artículo 3o de la Ley 33 de 1985 y el inciso 3o del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 por violación del artículo 13 de la CN, por considerar que los servidores públicos se encuentran en desventaja frente a los trabajadores del sector privado, ya que el ingreso base de liquidación de las pensiones de estos últimos incluye todos los factores salariales, mientras que para los primeros, sólo los factores señalados en la Ley, así mismo señala que dicha diferenciación da lugar a diferentes interpretaciones entre el la jurisprudencia del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional. En este caso, la Corte también se inhibe porque el actor no justifica el por qué se debe dar un mismo tratamiento al contenido de las normas demandadas, por no haber claridad y certeza, ya que no se identifica el concepto de la violación, y no se exponen argumentos de naturaleza constitucional.

que se encuentran amparadas por el Régimen de Transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

En la Sentencia C-258 de 2013¹²², la Corte se pronuncia nuevamente sobre la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el cual ya había sido objeto de análisis en la Sentencia C-608 de 1999¹²³, sin embargo, en esta oportunidad el problema jurídico se centra en establecer si el régimen pensional de congresistas contraviene, dentro del marco del Estado Social de Derecho, la cláusula de igualdad y los principios de la Seguridad Social, consagrados en el artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para ello, entre otros puntos, analiza la forma de liquidar las pensiones cobijadas por régimen de transición, en donde se encuentran las pensiones otorgadas por Ley 33 de 1985¹²⁴. Así, la Sentencia C-258 de 2013 es fundamental, por las siguientes razones:

¹²² Sentencia del 7 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se analiza la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, respecto de régimen especial de pensiones de los congresistas; norma que fue demandada por considerar que viola de manera directa el principio de igualdad, ya que consagra unas prerrogativas especiales para los congresistas que fueron eliminadas con el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que puso fin a los regímenes especiales de pensiones. La sentencia señala que para liquidar las pensiones, sólo se deben tener en cuenta los factores salariales sobre los que la persona haya cotizado durante los últimos diez años de servicios y no liquidarse con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, ya que al liquidarse de esta manera, se afecta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la CN, conforme al cual, el Estado en aras de asegurar el disfrute del derecho a la seguridad social de todos los colombianos, debe establecer límites a las dadas existentes, y no otorgar pensiones por encima de los 25 SMLMV e incrementarse con el IPC y no con el Salario mínimo legal vigente. Si bien la sentencia tuvo salvamento de voto de los magistrados Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, ambos cuestionaron el pronunciamiento de la sentencia en torno al monto de la pensión de 25 Salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el sentido de que la sentencia no debió regular las pensiones reconocidas antes del acto Legislativo, sino, que la intención de dicha norma debía ser regular las pensiones reconocidas con posterioridad al 2005, las cuales no debían ser superior a dicho monto.

¹²³ En principio señala, que es necesario un nuevo estudio de la norma ante la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó al artículo 48 de la Constitución Política el principio de sostenibilidad financiera, en tal sentido expresa que se genera una inconstitucionalidad sobreviviente y no opera el fenómeno de la cosa juzgada La Corte declara la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, al señalar que el régimen especial de los congresistas establece pensiones desproporcionadas, porque no existe correlación entre el valor de la pensión y los montos cotizados, lo cual genera que el Estado deba subsidiarlas en mayor proporción, atentando contra el principio de sostenibilidad financiera e impidiendo que se incremente la cobertura pensional a otra parte de la población. Declara la exequibilidad, siempre y cuando se entienda que no se aplica a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994 no se encontraban afiliados al sistema; que en la liquidación del Ingreso base de liquidación sólo se tengan en cuenta los factores cotizados, conforme las reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993; y finalmente que las mesadas pensionales no sean superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013 y que sus montos se incrementen anualmente conforme el IPC.

¹²⁴ La Corte Constitucional, dentro del problema jurídico señala que en la demanda se censura: «(i) la mesada pensional que pueden reclamar no está sujeta al tope establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005, (ii) no sea proporcional a las cotizaciones efectuadas al sistema durante su vida laboral, (iii) la forma de liquidar el ingreso se toma a partir del último año de servicio y no

Primero, porque la Corte Constitucional, luego de hacer un recuento histórico sobre la consagración constitucional del Estado Social de Derecho, hace un análisis de las herramientas existentes que hacen cumplir los fines para los cuales está consagrado: dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general sobre el particular.

Segundo, porque señala al sistema de seguridad social, como una de las herramientas para lograr los fines del Estado Social de Derecho¹²⁵. En este punto la Corte hace un recorrido histórico sobre el origen de la seguridad social, su consagración inicial como una gracia del Estado y su posterior consolidación como un derecho, en especial, con la Constitución Política de 1991, cuyos desarrollos, desde el proyecto de Ley de la Ley 100 de 1993, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la fallida Ley 860 de 2003, buscan la universalidad del derecho a la pensión, incrementando la cobertura, finalizando regímenes especiales y estableciendo unos requisitos generales para la pensión en aras de la equidad a la luz del Estado Social de Derecho.

Tercero, analizó la naturaleza jurídica del régimen de transición, retomando para ello la jurisprudencia existente en las sentencias C-168 de 1995, C-596 de 1997, C-789 de 2002, C-754 de 2004, para señalar, que el Régimen de Transición es un mecanismo especial de protección ante cambios legislativos, para preservar las expectativas legítimas de quienes están próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, cuya protección especial, genera confianza legítima en las reglas

como lo consagra el régimen general de pensiones y (iv) el incremento anual se hace en relación con el salario mínimo a diferencia de todas las demás mesadas pensionales que son reajustadas de conformidad con el índice de precios de consumidor (IPC).»

¹²⁵ También habla del Contrato, del sistema tributario, del presupuesto y gasto público, los subsidios, los recortes de gastos funcionamiento para la redistribución del ingreso, los servicios sociales y las reglas de responsabilidad fiscal orientadas bajo el principio de sostenibilidad financiera, con los cuales se busca el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, ante la inequidad de recursos económicos y escasez de oportunidades, el acceso al empleo y la promoción del desarrollo económico y social.

pensionales y en la progresividad de los derechos, los cuales sólo se pueden afectar, previa justificación por razones de proporcionalidad y razonabilidad.

Cuarto, señaló que el Acto Legislativo 01 de 2005, luego de verificar las dificultades financieras del sistema¹²⁶, buscó reestructurar el sistema de pensiones, con fundamento en la sostenibilidad financiera, buscando asegurar el derecho efectivo a la pensión. Para ello, homogenizó los requisitos para pensionarse, eliminó regímenes especiales, estableció la finalización del régimen de transición, eliminó la mesada catorce e incrementó las semanas de cotización, a su vez, fijó reglas para que leyes posteriores aseguran la sostenibilidad pensional.¹²⁷

Quinto; analiza igualmente la naturaleza de los derechos adquiridos, para señalar, que si bien tienen especial protección, no son absolutos y se pueden limitar, conforme a reglas establecidas en la jurisprudencia, las cuales están enmarcadas dentro del respecto del núcleo esencial del contenido derecho y el principio de proporcionalidad y siempre y cuando no hayan sido adquiridos con abuso del derecho o fraude a la Ley.

¹²⁶ En la sentencia se citan apartes de la exposición de motivos así: “El déficit operacional por pasivos pensionales de los últimos 12 años, ascendía antes de la Ley 797 de 2003 al 30.5% del PIB, es decir que equivalía el 60% de la deuda pública total, lo cual era insostenible macroeconómica y fiscalmente. La carga sobre la generación actual y las futuras no era consistente con los ingresos de las mismas. El valor de la proyección del déficit pensional de acuerdo con cifras del DNP ascendía antes de la expedición de la Ley 797 al 207% del PIB del 2000, en un horizonte de 50 años, por lo cual el Gobierno se propuso reformar el sistema pensional y el Congreso aprobó las Leyes 797 y 860 de 2003 con lo que se logró disminuir el déficit pensional a 170.2% en el mismo horizonte, lo cual es bueno pero no satisfactorio (sic)”

¹²⁷ Una de las conclusiones de la sentencia es que la norma acusada es violatoria de los principios constitucionales del Estado Social de Derecho, porque permite otorgar subsidios desproporcionados, a un sector de la población que ya cuenta con mejores condiciones económicas, a quienes se les destinan los recursos de la seguridad social, sin que el monto de la pensión tenga relación con los valores cotizados. Entre otros apartes, señala: “Por último, la forma como viene siendo interpretada la disposición, conduce a la existencia de ventajas claramente desproporcionadas a favor de un grupo de personas en una situación socio-económica mejor que la del resto de la población, y que implican un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen la seguridad social, así como un obstáculo al cumplimiento del mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social para cubrir a las personas de menores ingresos que viven su vejez en condiciones de alta vulnerabilidad”.

Finalmente, frente al ingreso base de liquidación, señala, que si bien la misma Corte, a través de sus salas de revisión tiene una posición reiterada en torno a la aplicación integral de la normatividad anterior, para las personas que se encuentran en régimen de transición en razón a los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la norma; la consagración del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se hizo en beneficio de quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse, para que se le aplicara sólo los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión del régimen anterior, más no en relación con el Ingreso base de liquidación, elemento que no hizo parte de la transición, ya que el mismo se sometió a las reglas de la Ley 100 de 1993, en tal sentido la liquidación de las pensiones en régimen de transición, se debe hacer con el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años.

Concluye señalando que liquidar las pensiones de otra manera es desproporcionado y desconoce los principios de solidaridad e igualdad del Régimen General de Pensiones. Al respecto señala:

4.1.1.1.1. 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.

Esta sentencia es fundamental, ya que en ella, la Corte Constitucional reconceptualiza la línea jurisprudencial en torno a la aplicación del régimen de transición y en especial frente al ingreso base de liquidación, conforme al cual, la pensión se liquida con los factores salariales sobre los cuales se cotizó, tal como lo señala el Acto Legislativo 01 de 2005 y conforme a las reglas previstas en el artículo 21 y el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años o en el tiempo que le hiciera falta si es inferior.

El problema de la anterior sentencia, es que la misma Corte, en el acápite de “alcance del control constitucional rogado de las leyes” señala que esa sentencia sólo surte efectos respecto de la norma demandada y los cargos formulados, los cuales no atacan la existencia del régimen de transición. Ello en principio ha conllevado a su desconocimiento por parte de la jurisdicción, en torno a los servidores del Régimen General que se encuentran en Régimen de Transición, a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985.

Con posterioridad al precedente fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, se encuentra la Sentencia T-078 de 2014¹²⁸, en la cual se niega el amparo solicitado de liquidación de una pensión con el último año de servicios, amparada en los argumentos expuestos en la Sentencia C-258 de 2013.

Finalmente, la Corte Constitucional, emite la Sentencia SU-230 de 2015¹²⁹, en la cual el problema jurídico se centró en establecer si una decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que reconoció una pensión con el IBL de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años, y no en el último año de servicios, conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985, vulneró los derechos fundamentales del accionante.

La Corte en esta Sentencia efectuó el análisis del problema jurídico a la luz del “precedente¹³⁰” y la “jurisprudencia de vigor¹³¹”, para concluir que si bien una sola Sentencia de unificación de tutela (SU) o de control abstracto de constitucional proferida por la Corte

¹²⁸ En esta tutela se analiza si la decisión de Caprecom de reliquidar una pensión con el Ingreso Base de Liquidación previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los últimos diez años y no con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicio, desconoce la normatividad especial y viola el principio de inescindibilidad de la Ley, se solicita en tal medida el amparo por vía de tutela los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un Tribunal en Sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en Régimen de Transición, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral.

¹²⁹ Sentencia del 29 de abril de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁰ Señala que el precedente depende de la jerarquía de la autoridad judicial que profiere la jurisprudencia. Será horizontal, en relación con las Sentencias emitidas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial; o vertical, cuando se sigue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción, o de la Corte Constitucional como máximo órgano vigilante de la Constitución Política. En tal sentido el precedente no sólo es orientador, sino de obligatorio cumplimiento en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional.

¹³¹ Señala que la jurisprudencia de vigor la constituyen un conjunto de Sentencias emitidas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional que comparten una misma interpretación judicial sobre una norma o principio que se aplica a unos hechos similares y que resuelve un problema jurídico igual, conforme a los parámetros establecidos por la Sala Plena, o los criterios que están vigentes por las otras Salas respecto a un tema similar, las cuales sólo son vinculantes para las partes que están involucradas y no constituyen precedente. En tal sentido las Salas de Revisión no pueden modificar el precedente en una determinada materia, sin acudir a la Sala Plena de la Corte Constitucional. Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991: “los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente”.

Constitucional, genera precedente, así como una sola Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado¹³², también genera precedente, deben existir unos parámetros para establecer cuando se desconoce el precedente. En esta medida, el mismo se desconoce cuándo se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por Sentencias de control de constitucionalidad; se contraría la ratio decidendi de Sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es el que debe acogerse a la luz del texto superior; se omite la parte resolutive de una Sentencia de exequibilidad condicionada; o cuando se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus Sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela¹³³.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior y frente al problema planteado, la Corte encuentra que sobre los requisitos para el otorgamiento de la pensión, en torno a edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión, no ha existido ningún tipo de controversia, no obstante, la misma se ha presentado en torno a la noción de monto de la pensión, porque el mismo se confunde con el ingreso base de liquidación.

Concluye así, que a partir de la Sentencia C-258 de 2013, la Corte cambió la jurisprudencia en vigor respecto de la interpretación del ingreso base de liquidación de las pensiones que se reconocen por régimen de transición¹³⁴, en el sentido de que en estos casos, la liquidación de la pensión se efectúa con el IBL consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo agrega que el régimen de transición se estableció para proteger las expectativas de quienes estaban

¹³² Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

¹³³ Sentencias T-1092 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, T-656 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-830 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁴ La jurisprudencia de las salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional expresaban que en virtud de la transición, el régimen anterior se debe aplicar de manera inescindible.

próximos a pensionarse luego del tránsito de legislación, con el fin de que se pudieran pensionar con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión de la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esta conclusión no sólo la aplica para las pensiones del Régimen General de Pensiones contenido en la Ley 33 de 1985, aplicable a los servidores públicos, tanto del nivel nacional como del territorial, sino que se refiere a los siguientes regímenes:

Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo: aplicable a los trabajadores particulares no afiliados al ISS.

Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año, aplicable a los trabajadores afiliados al Instituto de los Seguros Sociales.

Ley 71 de 1988 y sus Decretos Reglamentarios 1160 de 1989 y 2709 de 1994, para el caso de los trabajadores que cumplían veinte (20) años de aportes sumando los cotizados al ISS como trabajadores del sector privado y los aportados a otras Cajas de Previsión del sector público.

Regímenes especiales y exceptuados de pensión dentro del sector público, como el del Presidente de la República, los congresistas, los docentes oficiales, la Rama Judicial y el Ministerio Público, entre otros.

En esta sentencia, la Corte Constitucional retoma los pronunciamientos emitidos en ocasiones anteriores sobre la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en las Sentencias C-168 de 1995; C-1056 de 2003; y C-754 de 2004; los cuales si bien no se pronunciaron

de manera específica sobre si el monto de la pensión estaba o no ligado al concepto de base de liquidación dentro del régimen de transición, encuentra, como se señaló en la sentencia C-258 de 2013, que el ingreso base de liquidación de la pensión fue un aspecto reglamentado por la Ley 100 de 1993 y no hace parte del régimen de transición, en esta media, a quienes se encuentran en régimen de transición, sólo se les aplica la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior, y el ingreso base de liquidación de la pensión, es el establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Corte señaló:

2.1.1 Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

2.1.2 En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Para graficar el problema jurídico planteado en este último periodo constitucional, se tendrá en cuenta que si bien el problema jurídico inicialmente planteado, en torno a si el régimen de Transición es o no un derecho adquirido, persiste, con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de

2015 entran en juego elementos adicionales, como la cláusula de igualdad y los principios de la Seguridad Social, dentro del marco del Estado Social de Derecho, consagrados en el artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, así las cosas, el problema jurídico se puede resumir como sigue:

Tabla 4. ¿El régimen de transición a la luz de los principios de la seguridad social, dentro del marco del Estado Social de Derecho constituye o no un derecho adquirido para quienes se pensionan con posterioridad a su entrada en vigencia y si lo es, que régimen pensional, en materia de requisitos y liquidación, debe aplicarse?

<p>Dentro del marco del Estado Social de Derecho, el régimen de transición es una expectativa de derecho, pudiendo el legislador regular la forma de liquidar la pensión al expedir la Ley 100 de 1993, respetando los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto del régimen anterior previsto en la Ley 33 de 1985.</p>	<p>● T-1057-2010</p> <p>● C-258-2013</p> <p>● T-078-2013</p> <p>● C-358-2013</p> <p>● SU-230-2015</p>	<p>● T-879-2010</p> <p>● T-013-2011</p> <p>● T-210-2011</p> <p>● T-149-2012</p>	<p>Dentro del marco del Estado Social de Derecho, el régimen de transición es un derecho adquirido, por lo tanto no sólo los requisitos, sino la forma de liquidar la pensión, se rigen por el régimen anterior previsto en la Ley 33 de 1985</p>
--	---	---	---

En síntesis, la posición de la Corte Constitucional respecto a la naturaleza del régimen de transición si bien siempre la mayoría de las veces tuvo un mismo referente común, es decir, se aplica para quien tiene una expectativa legítima y no es un derecho adquirido, tuvo diferentes posturas respecto a la forma de liquidarlo, especialmente en el segundo periodo constitucional, en el cual se encontraron sentencias contrapuestas entre sí. No obstante, las últimas posiciones de la Corte Constitucional, diferencian claramente dentro del régimen de transición, sus dos elementos, uno referido a quienes se les aplica o son beneficiarios de la transición y otro en relación a la forma de liquidar la pensión de quien se encuentra en transición, unificando nuevamente una posición, conforme a la cual, la pensión de quien reúne los requisitos para estar en régimen de transición, se liquida con el promedio salarial de los últimos diez años, según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Capítulo 5

Análisis Dinámico y Estático del Precedente de la Corte Suprema de Justicia Frente al Régimen de Transición

La Corte Suprema de Justicia ha mantenido una posición unánime en torno al régimen de transición y a la aplicación del Ingreso Base de Liquidación en el sentido de establecer que las personas del régimen general de pensiones beneficiarias del régimen de transición, tienen derecho a que se les aplique los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto del régimen anterior – Ley 33 de 1985 y que la liquidación de la pensión se efectúa con el Ingreso Base de Liquidación establecido en la Ley 100 de 1993.

Adicional a lo anterior, frente al Ingreso Base de Liquidación, la Corporación en sus sentencias tiene en cuenta la diferencia establecida en la Ley 100 de 1993 frente a las dos clases de Ingreso Base de Liquidación: el primero, consagrado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 según el cual, si a la persona le faltan menos de diez años para adquirir el derecho a pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta; y el segundo, contenido en el artículo 21 de la misma norma, según el cual, si a la persona le falta más de diez años para adquirir el derecho a la pensión, a la entrada en vigencia de la Ley, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo cotizado en los últimos diez años, siendo este el aplicable hoy en la mayoría de los casos¹³⁵.

¹³⁵ Ello por cuanto la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 1 de abril de 1994 para los servidores públicos nacionales y el 01 de julio de 1995 para los servidores territoriales; ya lleva más de 20 años de existencia, a pesar de sus reformas y reglamentaciones.

La anterior línea jurisprudencial, se encuentran en sentencias de 1998 hasta el 2015, y para efectos del análisis dinámico y estático, se dividirán en dos problemas jurídicos.

5.1. Como deben liquidarse las pensiones en Régimen de Transición:

El primer problema jurídico que se plantea esta referido a la forma de liquidar la pensión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, se debe liquidar con el promedio de los salarios devengados o cotizados en el tiempo que le hiciera falta, o con los salarios cotizados con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema. Este primer problema se presentó, por cuanto habían personas que les faltaba poco tiempo para pensionarse cuando entró a regir el Sistema General de Pensiones y por lo tanto se presentaba la controversia en torno a cómo debía liquidarse la pensión, si con todos los salarios devengados o con los cotizados, y si la liquidación debía hacerse desde el momento de entrada en vigencia de la Ley hasta su renuncia al cargo o hasta el momento en que reunía requisitos para pensionarse. Ello por cuanto en la mayoría de los casos de servidores públicos no se cotizaba¹³⁶.

En la Sentencia del 27 de marzo de 1998¹³⁷, se estudió el caso de un ciudadano que pretendía se le liquidara la pensión con el promedio de los salarios devengados desde la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994) y la fecha de adquisición del derecho a la pensión (21 de octubre de 1994, tiempo inferior a 10 años) y no con el tope máximo

¹³⁶ Si bien la obligación existe desde la Ley 6 de 1945, las Entidad Públicas asumían sus propias pensiones.

¹³⁷ Radicado 10440, Sala de Casación Labora, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

asegurado (hoy cotización), como se le otorgó. La Corte Suprema de Justicia efectuó varias precisiones:

La primera, respecto a la diferencia entre el régimen de pensiones consagrado a partir de la Ley 100 de 1993¹³⁸, en donde se habla de un ingreso base de liquidación, que depende de las cotizaciones efectuadas con base en lo efectivamente sufragado al Sistema de Seguridad Social, convirtiéndose éstas en la fuente de prestaciones según la cuantía. A diferencia de los regímenes anteriores, en donde se hablaba de cotizaciones con base en «tablas de categorías y aportes»¹³⁹ según los cuales se consagraban topes máximos asegurables acorde con los salarios devengados, en el caso de los trabajadores privados, o simplemente de aportes, en el caso de los servidores públicos, cuando existían. En esta medida se precisa, que a partir de la Ley 100 de 1993, existe un sistema contributivo, en donde mediante la solidaridad entre empleador y trabajador, se construye conjuntamente una pensión, que estará a cargo de una administradora de pensiones, sin que ésta pueda asumir el pago de una pensión que no corresponda a las cotizaciones legales y a sus ingresos reales por tales conceptos.

La segunda, en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en donde se consagra el régimen de transición, al señalar que no es un derecho en sí, sino tan sólo la preservación, de manera genérica, de la vigencia de la normatividad anterior en relación con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, por cuanto en relación con los demás requisitos, esto es, ingreso base de liquidación, los mismos se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

¹³⁸ Artículos 13, 17 y 18 de la Ley 100 de 1993

¹³⁹ Se encontraban regulados por los Decretos 1825 de 1.965, 1036 de 1.972, 2394 de 1.974, 3090 de 1.979, 2630 de 1.983 y 2610 de 1.989, según los cuales existían unos topes máximos de categorías de salarios asegurables, las cuales especificaban al afiliado de elevados ingresos que aspiraban a acceder a una pensión por vejez, los topes máximos de pensión, conforme a la ley 71 de 1988 - 15 veces el salario mínimo legal.

En efecto, frente al Ingreso Base de liquidación señala, que en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 el mismo estaba determinado por el vínculo laboral de la persona sujeto de pensión; si la persona era un trabajador privado, las pensiones se liquidaban con el salario base de cotización de las últimas cien semanas (2 años), mientras que si se trataba de un servidor público, en la mayoría de los casos, la cuantía de la pensión se determinaba con el promedio del salario devengado por el servidor público en el último año de servicios¹⁴⁰. En tal sentido, el querer del legislador de la Ley 100 de 1993 fue conservar, a manera de transición, en el inciso tercero del artículo 36, esa diferencia existente entre ambos vínculos laborales, por lo tanto el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, de quienes al primero de abril de 1994, les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, refiriéndose tanto a los servidores públicos, como a los trabajadores privados, conforme a los regímenes anteriores.

Frente a esta aparente contradicción, en el sentido de saber si la pensión se liquida con lo devengado o con lo cotizado, la Corte en principio establece la diferencia entre uno y otro concepto, para manifestar que debe entenderse por devengado, lo que se ha causado o adquirido, es decir, todos los ingresos laborales que adquirió efectivamente el trabajador; mientras que por cotizado, todos los conceptos que han servido de base para efectuar una cotización al sistema de pensiones.

¹⁴⁰ Según el régimen al cual se encontraba afiliado, es decir, Ley 33 de 1985 para los servidores públicos en general, Decreto 546 de 1971 para los servidores de la Rama Judicial, Ley 6 de 1945 para Congresistas, entre otras.

Así mismo señala, que la liquidación de la pensión con uno u otro concepto es importante, por arrojar resultados diferentes en tratándose de servidores públicos, para quienes la base de su cotización no se integra con todos los ingresos salariales, pues se excluyen algunos, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 y en el artículo 7 del Decreto 1068 de 1995 ¹⁴¹, es decir, aquellos que si bien se percibieron, no son objeto de cotización para el Sistema General de Pensiones.

La misma Corte también señaló que para saldar la anterior discusión, se debe hacer un análisis sistemático de la naturaleza del Régimen de Transición pensional y de los principios que inspiran el Sistema General de Pensiones, del cual se extrae que una característica esencial del Sistema pensional es la obligación de efectuar los aportes, conforme lo consagran los artículos 13, literal d y 18 de la Ley 100 de 1993, en cuanto determinan que la base para calcular las cotizaciones será el salario mensual.

En efecto, no es lo mismo salario en el sector privado que en el público, en tal sentido, para los trabajadores del sector privado, salario será el que resulte de aplicar el Código Sustantivo del Trabajo, y en el caso de los servidores públicos, será el fijado de conformidad con la Ley 4ª de 1992. No obstante, tanto en uno como en otro caso, el salario será fijado conforme lo consagrado en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 y en el artículo 7 del Decreto 1068 de 1995.

¹⁴¹ Conforme a estas normas, la cotización no se hace sobre todo lo que percibe el trabajador o servidor público, sino sólo, sobre: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, primas de antigüedad, ascensional y capacitación, remuneración por trabajo dominical y festivo, remuneración por trabajo suplementarios, horas extras o jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

En esta medida, la determinación del monto de la pensión debe estar en función de las cotizaciones efectuadas, las cuales son obligatorias para el empleador, a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones¹⁴² y tienen como base, el ingreso que sirvió de cotización del afiliado.

En la sentencia del 29 de noviembre de 2001¹⁴³, también se analiza un caso, según el cual se pretende obtener una pensión con el 100 por ciento de lo devengado en el último año de servicios. Al resolver el problema jurídico, se expresó que el espíritu de la Ley, es el que se ajusta a su tenor literal, por lo tanto, en el caso de aplicación del IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si a la persona objeto de liquidación de la pensión, que se encuentra cobijada por el régimen de transición, le falta menos de diez años para adquirir el derecho, el Ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello.

En la Sentencia del 5 de marzo de 2003¹⁴⁴, se analiza una demanda en la cual se pretende obtener la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo como base la liquidación de factores salariales del último año laborado, ya que si bien se encuentra dentro del régimen de transición, cuando la norma hace alusión al monto, se está refiriendo a los factores con los cuales se debe liquidar la pensión. La Corte no casa la sentencia y de entrada señala que el caso del recurrente se enmarca dentro del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tal sentido, la pensión se le liquida con base en lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho.

¹⁴² En el caso de los servidores públicos, conforme al Decreto 691 de 1994, será el 1 de abril de 1994 para el sector nacional y 30 de junio de 1995 para el sector territorial.

¹⁴³ Radicado 15921, Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Isaac Lader,

¹⁴⁴ Radicado 19663, Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Isaac Lader,

Seguidamente, en la anterior sentencia, la Corte hace varias precisiones importantes que es importante señalarlas a continuación, en relación con las condiciones previstas para la adquisición del derecho a la pensión:

Quienes a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenían reunidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, conservaban todas las prerrogativas adquiridas conforme a disposiciones normativas anteriores.

Si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la persona reunía los requisitos del artículo 36, se encontraba en régimen de transición y en tal sentido, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, será el establecido en el régimen anterior.

El monto de la pensión a que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sólo se refiere al porcentaje del ingreso base a tener en cuenta para liquidar la pensión y no a los salarios del último año de servicios.

El Ingreso Base de Liquidación para calcular las pensiones de las personas en régimen de transición, que les faltaba menos de diez años para pensionarse, será el promedio de lo devengado en ese lapso, es decir, el comprendido entre la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumplan los requisitos para la pensión.

El anterior problema jurídico, en tal sentido, pese a su unanimidad, acogiendo la metodología de López Medina (2006), se puede graficar así:

Tabla 5. ¿Cómo deben liquidarse las pensiones del régimen de transición, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

<p>La pensión se liquida con el promedio de los salarios devengados o cotizados en el tiempo que le hiciere falta.</p>	<p>● 27-03-1998 Rdo. 10440</p> <p>● 29-11-2001 Rdo. 15921</p> <p>● 05-03-2003 Rdo. 19663</p>	<p>La pensión se liquida con los salarios cotizados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993</p>
--	--	--

5.2. Factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión:

En sentencia del 26 de febrero de 2002¹⁴⁵, se examina un caso en el cual se pretendía que la mesada pensional de reliquidara teniendo en cuenta prestaciones económicas extra legales, otorgadas por el empleador, consideradas salario realmente devengado. La Corte señala que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sólo establece los periodos de remuneración que se deben tener en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, más no define los elementos integrantes de la remuneración que conforman ese IBL con el cual se calcula el monto de la pensión. En tal sentido, para efectos del mismo, se debe acudir al artículo 18 de la misma Ley, en

¹⁴⁵ Radicado 17192, Sala de Casación Laboral, M.P. Francisco Escobar Henríquez

el cual se define el salario mensual base cotización, tanto para los trabajadores particulares, que será el dispuesto en el Código Laboral, y el de los servidores públicos que será el señalado en la Ley 4 de 1992¹⁴⁶.

Por otra parte, frente a los factores salariales que deben hacer parte del Ingreso Base de Liquidación, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 25 de octubre de 2005¹⁴⁷ y del 9 de noviembre 2005¹⁴⁸, en las que se revisaron procesos en los cuales una Entidad Pública demandó la pensión otorgada a empleados oficiales pensionados con la Ley 33 de 1985, con factores salariales por fuera de los dispuesto en la normatividad legal; concluyó, que el hecho de que los empleados oficiales no cotizaran con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, no quería decir que la liquidación de la pensión podía desconocer las normas existentes, por cuanto los artículos 73 del Decreto 1848 de 1969, 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1 de la Ley 62 de 1965 señalan los factores salariales que concurren en la base salarial de la pensión, en tal sentido ordenó reliquidar las pensiones, sólo con los factores salariales previstos en las normas citadas.

En la sentencia del 25 de octubre de 2005¹⁴⁹ en donde el objeto de la controversia era determinar la normatividad que regula el monto de la pensión y los factores salariales a tener en cuenta para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, señaló que sólo se pueden incluir los factores de liquidación previstos expresamente en dicha ley, con exclusión, de las primas de servicios, navidad o vacaciones. Para

¹⁴⁶ Sin embargo, en ambos casos se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 y en el artículo 7 del Decreto 1068 de 1995.

¹⁴⁷ Radicación 26659, Sala de Casación Laboral, M.P. Eduardo López Villegas.

¹⁴⁸ Expediente 24305, Sala de Casación Laboral, M.P. Isaura Vargas Díaz

¹⁴⁹ Radicado 26659, Sala de Casación Laboral, M.P. Eduardo López Villegas.

la conclusión anterior, se apoyó en las sentencias del Consejo de Estado del 29 de abril de 2004¹⁵⁰ y del 6 de mayo¹⁵¹. Así mismo se señaló que el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 62 de 1985 hace alusión a que “En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Y en la sentencia del 9 de noviembre 2005¹⁵², en donde el objeto de discusión se centró en analizar una pensión que se liquidó con los factores salariales contenidos en las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, es decir, los artículos 73 del Decreto 1848 de 1969 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127, expresó que dichas normas no eran aplicables, por ser contrarios a la Ley 33 de 1985, además el artículo 1° de Ley 62 de 1965 disponía los factores salariales concurrentes a la base salarial de las pensiones oficiales.

En las sentencias del 17 de octubre de 2008¹⁵³, y del 16 de diciembre de 2009¹⁵⁴, en las cuales se pretendía el reajuste de pensiones con el 75% del salario promedio del último año de servicios, las cuales habían sido liquidadas con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen de transición; se manifestó que con la Ley 100 de 1993, se creó un Sistema General de Pensiones de carácter contributivo, en el cual para tener derecho a la pensión, se debe tener en cuenta las cotizaciones efectivamente sufragadas tanto por el empleador como por el empleado, no pudiéndose asignar a la entidad administradora, ni en el régimen anterior, ni en el actual, el pago de pensiones de vejez que no correspondan a las cotizaciones legales, ni a sus ingresos reales por tales conceptos.

¹⁵⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 29 de abril de 2004, rad. N° 2287-03,

¹⁵¹ El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 6 de mayo de 2004, rad. N° 1033 – 02

¹⁵² expediente 24305

¹⁵³ Rad. 33343, Sala de Casación Laboral; M. P. Gustavo José Genecco Mendoza

¹⁵⁴ Radicado 34863, Sala de Casación Laboral; M. P. Gustavo José Genecco Mendoza

Así mismo se señaló que la Ley 100 de 1993 reguló en el artículo 36 el régimen de transición, manteniendo los requisitos para pensionarse del régimen anterior, en cuanto a edad, tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, para quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema tenían más de 35 años de edad (mujeres) o más de 40 (hombres), o más quince años de servicios cotizados, estableciendo, respecto de las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión, que serían las contenidas en la Ley 100 de 1993.

La Corte es estas sentencias, señala que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es una norma declarada constitucional, mediante la Sentencia C-168 de 1995¹⁵⁵, porque se consideró que el legislador “goza 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”, en tal sentido, el legislador no pretendió mantener la totalidad de requisitos contenidos en la norma anterior, los cuales eran muchos más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social, sino que por el contrario, sólo mantuvo algunos, en torno a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, ya que el fin de la transición es modificar los requisitos existentes para acceder a los derechos pensionales, sin afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

Se establece así mismo en estas sentencias, la diferente existente entre monto de la pensión e ingreso base de liquidación, los cuales no se deben confundir, señalando respecto del ingreso

¹⁵⁵ Corte Constitucional, 20 de abril de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

base de liquidación, que el mismo tiene una naturaleza jurídica propia y no está vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de la pensión, así, por un lado, el ingreso base de liquidación corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema según el caso, mientras que el monto de la pensión es el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada pensional.

Conforme con lo anterior, el artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, sólo establece los periodos de remuneración que deben tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, pero no define los emolumentos que integran la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición y que servirán para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones. Así las cosas, para el caso de los servidores públicos, se debe acudir a lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, la cual establece el salario mensual base de cotización, la cual debe ser coherente con lo dispuesto en los Decretos 691 de 1994, 1158 de 1994, y 1068 de 1995¹⁵⁶.

En los casos en los cuales la pensión a que tiene derecho la persona está reglada por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, se encuentra en régimen de transición, tendrá derecho a:

Que el otorgamiento de la pensión se rija por las disposiciones normativas del régimen anterior, en este caso, al tratarse de un servidor público, el régimen anterior aplicable, será el contenido en la ley 33 de 1985. En este caso, los requisitos para la pensión serán la edad de 55

¹⁵⁶ Sentencia del 26 de febrero de 2002, Radicado 17192, Sala de Casación Laboral; Francisco Escobar Enríquez, Sentencia del 14 de agosto de 2013, Radicado 46226, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

años tanto para hombre como mujeres, el tiempo de servicios de 20 años y el monto de la pensión, del 75% sobre el ingreso base de liquidación.

Respecto a la base salarial a la cual se le aplica el monto de la pensión, tendrá en cuenta dos momentos: el primero, consagrado en el inciso tercero del mismo artículo 36, conforme al cual, el ingreso base para liquidar la pensión de vejez será el promedio de los salarios devengados en el tiempo que le hiciera falta, si le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, no obstante, si la persona no devengó salario, ni cotizó durante el lapso comprendido entre la fecha de entrada en vigencia de la ley (1º de abril de 1994) y la fecha en que se cumplió la edad para adquirir la pensión, al ser una realidad no prevista en la norma, se deberá actualizar el último salario devengado (artículo 73 del decreto 1848 de 1969)¹⁵⁷. El segundo, consagrado en el artículo 21 de la misma Ley, conforme al cual, el ingreso base de liquidación de la pensión, será el promedio de todos los salarios cotizados durante los últimos diez (10) años de servicios.

En esta medida, una cosa son los requisitos para pensionarse, referidos a edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, y otra, la forma de liquidar la pensión, en donde entran en juego, los factores salariales que hacen parte de esa liquidación, sobre cuyo promedio, se aplica el requisito del monto de la pensión.

Con las Sentencias 17 de octubre de 2008¹⁵⁸, y del 16 de diciembre de 2009¹⁵⁹, se funda la línea jurisprudencial reinante en la Corte Suprema de Justicia, ya que han sido retomadas

¹⁵⁷ Sentencia del 27 de julio de 2004, Rad. 22226, Sala de Casación Laboral; Luis Javier Osorio López y Sentencia del 6 de julio de 2000, Radicado 13336, Sala de Casación Laboral; Fernando Vásquez Botero

¹⁵⁸ Rad. 33343, Sala de Casación Laboral; M. P. Gustavo José Genecco Mendoza

¹⁵⁹ Radicado 34863, Sala de Casación Laboral; M. P. Gustavo José Genecco Mendoza

posteriormente en muchas de sus sentencias¹⁶⁰. En esta medida, esta posición siempre unánime la podemos ver graficada, de la siguiente manera:

Tabla 6. ¿Qué factores salariales hacen parte de la liquidación de la pensión?

<p>La pensión se liquida con los factores salariales cotizados.</p>	<p>● 26-02-2002 Rdo.17192</p> <p>● 25-10-2005 Rdo. 26659</p> <p>● 09-11-2005 Rdo. 24305</p> <p>● 17-10-2008 Rdo. 33343</p> <p>● 16-12-2009 Rdo. 34863</p>	<p>La pensión se liquida con los salarios percibidos y no sólo los cotizados</p>
---	---	--

¹⁶⁰ de Sala de Casación Laboral, M.P. Gustavo José Genecco Mendoza, Sentencia del 3 de mayo de 2011, Radicado 38672, Sala de Casación Laboral; M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, Sentencia del 4 de diciembre de 2013, Radicado 46540, Sala de Casación Laboral M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 2 de febrero de 2004, Radicado 20968, Sala de Casación Laboral; Fernando Vásquez Botero, 18 de mayo de 2004, Radicado 22151, Sala de Casación Laboral; Eduardo López Villegas; 20 de septiembre de 2005, Rad. 25991, Sala de Casación Laboral; Eduardo López Villegas; 28 de marzo de 2006, exp. 26085; 23 de junio de 2006, exp.26429; 1 de abril de 2008, exp. 32693; 9 de junio de 2009, Radicado 34697, Sala de Casación Laboral; Camilo Tarquino Gallego; 25 de agosto de 2009, exp.35231; 01 de junio de 2010, Radicado 37501, Sala de Casación Laboral; Camilo Tarquino Gallego; 10 de agosto de 2010, Radicado 43614, Sala de Casación Laboral; Luis Javier Osorio López; 15 de febrero 2011, radicado 44238, Sala de Casación Laboral; Francisco Javier Ricaurte Gómez ; 17 de abril de 2012, rad. 53037, Sala de Casación Laboral; Elsy del Pilar Cuello Calderon ; 26 de junio de 2012, Rad. No. 44213, Sala de Casación Laboral; M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; 8 de mayo de 2013, Radicado 42529, Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; 9 de abril de 2014, Radicado 51460, Sala de Casación Laboral, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas; 30 de abril de 2014, Radicado 55550, Sala de Casación Laboral, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 9 de julio de 2014, Radicado 45881, Sala de Casación Laboral, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en las cuales se cita dicho precedente.

A manera de conclusión, debemos señalar, que, si quien ordena la liquidación de la pensión, es la Jurisdicción Ordinaria, la pensión que se reconozca por el Régimen General de Pensiones con los beneficios del Régimen de Transición, se liquidará conforme a las disposiciones normativas de la Ley 100 de 1993, bien con el promedio de los salarios cotizados en el tiempo que le hiciere falta para pensionarse¹⁶¹, o con el promedio de los últimos diez años anteriores a la causación del derecho¹⁶².

En tal sentido, si se toma la vía de la Jurisdicción Ordinaria, sólo harán parte de la liquidación de la pensión, los factores salariales previstos en la norma, de manera de taxatividad, y sobre los cuales, tanto el empleador como el servidor cotizaron, conforme a los Decretos 691 de 1994, 1158 de 1994 y 1068 de 1995, generando certeza no sólo sobre lo que se cotiza, sino sobre los montos que se están aportando para efectos del reconocimiento a futuro de la pensión.

Conforme a esta interpretación, la liquidación de las pensiones otorgadas bajo el Régimen de Transición, se rige por la Ley 100 de 1993 y no por la Ley 33 de 1985, ya que si bien, se salvaguardaron las expectativas, de quien está próximo a pensionarse, conforme a los principios del Estado Social de Derecho, en cuanto a la universalidad, solidaridad, derecho al trabajo y primacía del interés general sobre el particular, el legislador puede, al momento de reglamentar los requisitos para pensionarse, establecer formas especiales de la pensión, no sólo para proteger a quien tiene una expectativa legítima, sino para con dichas medidas, contribuir al incremento de la cobertura pensional, permitiendo que otro porcentaje de la población, pueda llegar a pensionarse.

¹⁶¹ Artículo 36 inciso 3 de la Ley 100 de 1993.

¹⁶² Artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, para apoyar la sostenibilidad fiscal, de las pensiones que otorgadas bajo estos requisitos, requieren mayores subsidios por parte del Estado.

En síntesis la posición de la Corte Suprema de Justicia, no ha tenido variación alguna respecto a los requisitos para acceder al régimen de transición, esto es, edad, tiempo de servicios y monto y respecto a la forma de liquidar la pensión, la cual se lleva a cabo conforme al promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años, según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Capítulo 6

Análisis Dinámico y Estático del Precedente del Consejo de Estado Frente al Régimen de Transición

Dentro del análisis dinámico de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se encuentra que ha existido una posición unánime en torno a la aplicación del Régimen de Transición de los servidores beneficiarios del Régimen General de Pensiones, por cuanto ha señalado que quienes se encuentren amparadas por los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les aplique de manera integral la Ley 33 de 1985, esto es, edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. No obstante, el problema jurídico ha girado en torno a que se entienda por monto, si el mismo es sólo el porcentaje previsto en el régimen anterior, respecto al 75% de la pensión, como una cifra exacta de porcentaje o si se debe entender como el 75% del promedio de los salarios percibidos en el último año, es decir, es equiparable monto a IBL. Por otra parte, se encuentra que otro de los problemas jurídicos planteados por el Consejo de Estado, ha sido el relacionado con los factores salariales que hacen parte de la liquidación de la pensión.

Dado lo anterior, el precedente del Consejo de Estado, se abordará partiendo de estos problemas jurídicos, uno en relación con la forma como debe ser entendido el monto de la pensión que se encuentra en régimen de transición, y un segundo problema, en torno a cómo ha sido la interpretación de la Corporación respecto a los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión. Así las cosas, a continuación se señalarán y graficarán las sentencias

hito relevantes a la luz de la teoría de López Medina (2006) que fundamentan la línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

6.1. Problema jurídico en torno a la noción de monto de la pensión

Como se señaló, el problema jurídico inicialmente planteado por el Consejo de Estado, gira en relación a cómo debe aplicarse el régimen de transición para las personas que reúnen los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en torno a si se les aplica de manera integral o no las disposiciones normativas anteriores, previstas en la Ley 33 de 1985, para los servidores públicos, a quienes se les aplica el Régimen General de Pensiones.

Desde el año 2000, en Sentencia del 8 de junio¹⁶³, el Consejo de Estado resolvió este problema, señalando que el Régimen de Transición es un beneficio para el servidor público y consiste en la aplicación del régimen anterior, no sólo para el reconocimiento, sino también para la liquidación de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis en él consagradas. Por tanto, habrá desconocimiento del Régimen de Transición, si se alteran los requisitos de edad, tiempo de servicios o monto de la pensión. En este sentido, la Corporación manifestó que cuanto la cuantía de la pensión se establece con el promedio de los salarios devengados en los últimos

¹⁶³ Expediente 2729-99, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, en la cual el Consejo de Estado se pronunció frente a una pensión de sobrevivientes del Régimen Especial de la Rama Judicial. El problema jurídico consistió en establecer si la pensión de sobrevivientes otorgada por Cajanal con ocasión la muerte de una persona que en vida laboró para la Rama Judicial, liquidada con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años, se encontraba o no ajustada a la norma, por cuanto se consideró en la demanda, que dicha prestación debió ser liquidada con los requisitos del Régimen Especial de la Rama Judicial.

diez años, es decir, con el IBL consagrado en la ley 100 de 1993, se afecta el monto de la pensión y se desnaturaliza el Régimen de Transición.

La anterior interpretación, forja la línea jurisprudencial en torno a la aplicación del Régimen de Transición que hoy rige la jurisprudencia del Consejo de Estado, pese a que la situación fáctica planteada en la demanda, correspondió a una persona que laboró para la Rama Judicial, a quien se le aplica un Régimen Especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, según el cual, la liquidación de la pensión se efectúa con el salario más alto del último año de servicios, y no al Régimen General de pensiones previsto con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la Ley 33 de 1985, referido al promedio del último año; con esta posición, el Consejo de Estado está señalando que si una persona es beneficiada por el Régimen de Transición, tendrá derecho a que el régimen anterior se aplique de manera inescindible.

Posteriormente, en la Sentencia del 21 de septiembre de 2000¹⁶⁴, el Consejo de Estado, al establecer si una persona se encontraba en Régimen de Transición y era beneficiaria del régimen anterior previsto en la Ley 33 de 1985, se pronunció específicamente frente al monto de la pensión. Señaló que si bien el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el Régimen de Transición, hace alusión a que a las personas beneficiarias con el mismo, se les aplica las demás condiciones de la Ley¹⁶⁵, no ve cuales puedan ser esas otras condiciones y lo acusa de tener una redacción

¹⁶⁴ Expediente 470/99, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, se analiza una demanda contra CAJANAL, quien liquidó una pensión del Régimen de Transición con el IBL de la Ley 100 de 1993. El problema jurídico consistió en establecer, si era procedente la reliquidación de la pensión de un ex funcionario de la Contraloría General de la República, a quien se le negó la pensión con la aplicación del Régimen Especial (Decreto 929 de 1976), anterior la Ley 100 de 1993, por encontrarse en Régimen de Transición.

¹⁶⁵ El artículo 36 señala: “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.”

contradictoria, ya que si uno de los requisitos para la pensión, es el monto previsto en el Régimen anterior, el mismo debe ser aplicado como lo prevé la Ley 33 de 1985, entendido como «la liquidación aritmética del derecho», que se efectúa con la suma del promedio de los factores que se deben tener en cuenta conforme a las normas anteriores, por ser más favorable, a la luz del artículo 53 de la Constitución Política, es decir el promedio de salarios percibidos en el último año de servicios¹⁶⁶; pero no puede ser entendido como una cifra fija y abstracta, de sólo un monto del 75%.

Sobre el Régimen General de Pensiones, pero con los mismos argumentos, se encuentra la Sentencia del 30 de noviembre de 2000¹⁶⁷. El problema jurídico se centró en determinar si la demanda instaurada por el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital - FAVIDI, en contra de una pensión reconocida por Régimen de Transición, liquidada con los factores salariales de las normas anteriores y no con los previstos en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, es decir, se liquidó con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, y no con el tiempo que le hiciere falta para pensionarse, era o no procedente.

El Consejo de Estado en su decisión negó las pretensiones de la demanda al encontrar que la pensión se encontraba correctamente liquidada. Dentro de su ratio decidendi señaló que el Régimen de Transición es un beneficio conforme al cual, las personas favorecidas con el mismo,

¹⁶⁶ El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 dispone: “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”

¹⁶⁷ Radicado (3055) 2004-00, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, en la que el Fondo de Ahorro y vivienda distrital – FAVIDI, demanda un acto administrativo por medio del cual reconoció una pensión por Régimen de Transición, pero se liquidó con Ley 33 de 1985, por considerar, que debía liquidarse con fundamento en lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo monto de la pensión debía de ser inferior. Pretensiones que son denegadas.

tienen derecho a que se les aplique el Régimen anterior al cual se encontraban afiliadas antes de la Ley 100 de 1993 en su integridad. Esta sentencia es importante por cuanto señala que aplicar el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto al IBL, daría lugar a:

- 1) Afectar el monto de la pensión y el Régimen de Transición dejaría de ser un beneficio;
- 2) Desconocer el artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual se debe aplicar «la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho»;
- 3) Incurrir en violación del principio de inescindibilidad de la Ley, ya que aplicar los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto del Régimen anterior, para el reconocimiento de la pensión, y liquidar la pensión, con las normas de la Ley 100 de 1993, genera desmembramiento de las normas legales y rompe el principio de seguridad jurídica.

- 4) Desnaturalizar el régimen de transición y dejar de aplicar el principio de favorabilidad

Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corporación se ampara en una cita de la Sentencia C-168 de 1995 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con la situación más beneficiosa para el trabajador, sin embargo no es una cita técnica, sino, en palabras de López Medina (2006) una referencia conceptual, por cuanto sólo se refiere a la definición que sobre condición más beneficiosa trae la Corte Constitucional,

más no al contexto de la declaratoria de exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con derechos adquiridos y meras expectativas.

Conforme a ésta posición, la pensión otorgada por el Régimen General de Pensiones bajo los requisitos del Régimen de Transición, debe ser reconocida teniendo en cuenta, de manera integral, las disposiciones de la Ley 33 de 1985¹⁶⁸.

La anterior línea jurisprudencial, se complementa con la Sentencia del 13 de marzo de 2003¹⁶⁹, en la cual, la situación fáctica planteada está referida a una persona que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había cumplido más de 20 años de servicios, pero no reunía la edad para pensionarse. Dentro del análisis efectuado por el Consejo de Estado se encuentran varias precisiones:

¹⁶⁸ Esta posición también se reitera en innumerables sentencias, entre ellas: Sentencias del 16 de febrero de 2006: Radicado 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, demanda instaurada por la Universidad del Valle para que se anule un acto administrativo que otorgó pensión con normas especiales, incluyendo los factores de prima de navidad y de servicios, se ordena la nulidad de la Resolución que otorga la pensión, pero ordena liquidar la pensión con los requisitos y el monto de la Ley 33 de 1985; y Radicado 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, demanda contra la Gobernación de Cundinamarca, en la cual se analizó un caso en el que en principio se había negado la pensión de vejez y se concluyó que el demandante tenía derecho al Régimen de Transición, y por ende a la aplicación íntegra de la ley 33 de 1985, no solo en los requisitos, sino en el monto de la pensión, la cual se debe liquidar con el 75% de los salario percibidos en el último año de servicios; Sentencia del 21 de junio de 2007, Radicado 25000-23-25-000-2004-03752-01 (0950-06), Sección Segunda, Subsección A. C.P. Ana Margarita Olaya Forero, demanda interpuesta por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas para que se anule un acto administrativo que otorgó pensión en un 100% con base en una norma administrativa, en la que también se manifestó que para quienes obtienen el status de pensionado bajo el Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993, se les aplica el monto de la Ley 33 de 1985. Sentencia del 15 de marzo de 2012, radicación número: 25000-23-25-000-2008-00863-01(1494-09), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda contra el FONCEP para que se reliquide la pensión con todos los factores salariales devengados en el último año, conforme a la Ley 33 de 1985; Sentencia del 05 de Septiembre de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00024-01(1352-11), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, demanda contra el Seguro Social, para que se reliquide la pensión con los factores salariales percibidos durante el último año de servicios; Sentencia del 6 de septiembre de 2012, radicación número: 25000-23-25-000-2004-08432-01(1351-11), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda contra la Universidad Nacional de Colombia, para que se reliquide la pensión con los factores salariales devengados en el último año.

¹⁶⁹ Radicado 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Sección Segunda, C.P. Ana Margarita Olaya Forero, demanda instaurada en contra de la Universidad Nacional, para que se ordene la reliquidación de una pensión otorgada por Régimen de Transición, con Ley 33 de 1985, pero liquidada con el IBL de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, se analiza la naturaleza jurídica de la pensión, con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional C-546 de 1992¹⁷⁰, T-1752 de 2000¹⁷¹, referenciadas como una conceptual (Medina, 2006) para señalar que la pensión no es una dadiva o gracia del Estado, sino una contraprestación por el trabajo realizado de manera periódica y por un tiempo determinado, derecho al trabajo que se encuentra consagrado expresamente como un derecho fundamental, a partir de la Constitución Política de 1991.

En segundo lugar, analiza el artículo 48 de la Constitución Política, que consagra el derecho a la Seguridad Social, reglamentado por el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, en el cual se precisa el alcance del nuevo Sistema General de Pensiones, para señalar que si a la entrada en vigencia de la Ley, la persona contaba con el tiempo para pensionarse, pero solo le faltaba la edad, ya había adquirido un derecho y por lo tanto, el cumplimiento de la edad sólo es un requisito para el reconocimiento y pago de la pensión. En tal sentido, en este caso la pensión, no se rige por el régimen de transición, sino que por el contrario se reconoce y liquida conforme a las disposiciones previstas en el régimen anterior, en relación con la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión¹⁷².

¹⁷⁰ Sentencia del 01 de noviembre de 1992, M.P. Ciro Angarita Baron y Alejandro Martínez Caballero, en las cuales se analiza demanda de inexequibilidad, en contra de los artículos 8o. y 16o. de la Ley 38 de 1989, normas del Presupuesto General de la Nación; en la cual se hace alusión al principio de igualdad material.

¹⁷¹ Sentencia del 15 de diciembre de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, en la se analiza si existió vulneración a los derechos fundamentales a la vida, a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes, a recibir un trato igualitario ante la ley, a no ser discriminados, al libre desarrollo de la personalidad, a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, a la igualdad y al reajuste periódico de la pensión, al no recibir el reajuste de sus pensiones a partir de enero 1° de 1994, en cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto hubieran devengado los congresistas en el año de 1993.

¹⁷² Esta misma posición también se encuentra en la Sentencia del 15 de mayo de 2008, radicado 25000-23-25-000-2004-09163-01(AC), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda contra el Seguro Social, ya que si bien reconoció pensión con Ley 33 de 1985 por estar en Régimen de Transición, la liquidó con el IBL de la Ley 100 de 1993.

En tercer lugar, señala que ante los cambios normativos, las personas que reúnen los requisitos para estar en Régimen de Transición, adquieren un derecho consistente en que se les debe respetar los beneficios del régimen anterior, como un derecho particular y concreto, no pudiendo el legislador entrar a desconocerlos y en tal medida no se puede hacer la diferenciación entre meras expectativas y derechos adquiridos, porque el régimen de transición se convierte en un derecho. En esta medida, si bien en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se establece un Régimen de Transición, quienes cumplan los requisitos allí dispuestos, tendrán unas reglas diferentes a las establecidas en la Ley 100 de 1993 para pensionarse, es decir, que las personas que se encuentran en las condiciones previstas en el artículo 36 se pensionan conforme a los requisitos de la Ley 33 de 1985, la cual reguló de manera general y ordinaria las condiciones para obtener la pensión de jubilación de los empleados oficiales, por lo tanto, se debe aplicar el porcentaje y la base para liquidar la pensión de la Ley 33 de 1985.

Con base en lo anterior, el precedente del Consejo de Estado, frente a los requisitos para el reconocimiento y liquidación de las pensiones en Régimen de Transición ha sido invariable, en tanto se rigen de manera inescindible por la Ley 33 de 1985, así:

Tabla 7. ¿Cómo debe liquidarse el monto de la pensión que se reconoce por el Régimen de Transición?

<p>La pensión otorgada por régimen de transición, se reconoce con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la ley 33 de 1985, pero la liquidación se efectúa conforme al IBL de la Ley 100 de 1993.</p>	<p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">08-06-2000 2799-99</p> <p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">21-09-2000 470-99</p> <p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">30-11-2000 3055 (2004)-00</p> <p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">13-03-2003 4526-01</p>	<p>La pensión otorgada por régimen de transición, se reconoce y liquida con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la ley 33 de 1985.</p>
---	---	---

6.2. Problema Jurídico en torno a los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión.

Si bien el Consejo de Estado tiene una posición unificada en torno a la aplicación del Régimen de Transición, no pasa lo mismo respecto a los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión para calcular el monto de la misma, tema en el cual ha tenido un criterio variable. Así, frente a la forma de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión, ha habido, al interior de la Corporación, en las subsecciones A y B de la sección segunda, diferentes posiciones que se ilustran en la Sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁷³.

¹⁷³ Evidenciados en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado Número 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

En la Sentencia del 4 de agosto de 2010, la Corporación advierte que en una época se consideró que sólo hacían parte de la base para calcular el ingreso base de liquidación, los factores salariales expresamente señalados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, en otra época se consideró que hacían parte de éste ingreso base de liquidación de la pensión, aquellos factores salariales que fueron objeto de cotización al Sistema de Seguridad Social, y finalmente una tercera posición, que es la línea jurisprudencial vigente, conforme a la cual, el ingreso base de liquidación lo constituye todo factor salarial devengado por el trabajador, independientemente, si se encuentra enunciado o no en la Ley, es decir, que no son taxativos.

Siguiendo los anteriores parámetros, se encuentran las siguientes sentencias desde 1996 al 2015 en relación con cada posición:

6.2.1. Primera posición: la liquidación de la pensión se efectúa sobre factores taxativos señalados en la norma:

Desde el 19 de agosto de 1996¹⁷⁴, la Sala De Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ante la pregunta sobre cuáles son los factores constitutivos de salario de la pensión de un servidor público beneficiario del Régimen de Transición, señaló que dichos factores serían los

¹⁷⁴ Concepto 857, Sala de Consulta y Servicio Civil C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, concepto solicitado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

señalados en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, al cual estaban afiliados¹⁷⁵, es decir, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985¹⁷⁶.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 29 de marzo de 2001,¹⁷⁷ al pronunciarse frente a la pretensión de nulidad de un acto administrativo que reliquidó la pensión de una persona afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso de la República, por liquidarse sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 281 de la Ley 223 de 1995¹⁷⁸, expresó en primer lugar, que dicha norma no era aplicable al caso concreto, debido a que fue declarada inexecutable¹⁷⁹, a su vez señaló, que el reconocimiento de la pensión objeto de análisis, fue posterior a la declaratoria de inexecutable. De otra parte, al efectuar un análisis de la normatividad que regula el régimen de los empleados del Congreso,¹⁸⁰ señaló que de las mismas no se desprende que se puedan incluir en la liquidación de la pensión, factores salariales no consagrados en la Ley,

¹⁷⁵ Posición reiterada mediante los siguientes Conceptos: N°960 del 5 de junio de 1997, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, concepto solicitado por el Ministerio de Comunicaciones. en el cual se dio respuesta a la solicitud, respecto a la forma de liquidar la pensión otorgada por Ley 33 de 1985. En esta oportunidad, se efectuó un análisis minucioso respecto de que personas se encuentran en Régimen de Transición y como tal se les aplicaba la Ley 33 de 1985, así mismo señaló quienes no se encontraban en Régimen de Transición, y por ende se le aplicaban las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, finalmente se pronunció respecto de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones que se liquidan por Ley 33 de 1985 y en torno a los mismos señaló, que eran los dispuestos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Este concepto sin embargo, da a entender, que la pensión otorgada por Régimen de Transición, se liquida conforme al IBL de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales de la Ley 33 de 1985. N°1042 del 11 de diciembre de 1997, Sala De Consulta y Servicio Civil, C.P. Cesar Hoyos Salazar, solicitado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en el cual se pregunta si el régimen Transición implica mantener las condiciones beneficiosas para el trabajador, aunque no se hubiese establecido expresamente en la ley 100 de 1993; el Consejo de Estado señaló que en los casos de pensión ordinaria, que se rige por los requisitos de la ley 33 de 1985, los factores salariales para la liquidación, serán los señalados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985.

¹⁷⁶ El artículo señala: "...Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

¹⁷⁷ Radicación número: 25000-23-25-000-1998-00511-01(636-00), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, demanda contra el Fondo de Previsión social del Congreso, para que se reliquidara una pensión con primas de navidad y vacaciones.

¹⁷⁸ Según la cual «Los ingresos que reciban los funcionarios del Congreso por todo concepto, incluyendo las primas, constituyen factor salarial»

¹⁷⁹ Sentencia C-429 del 12 de Septiembre de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁸⁰ Decretos 2837 de 1986, 1293 de 1994, artículo 14 Ley 33 de 1985, Acuerdo 026 de 1986

y que por lo tanto, la liquidación de la pensión se debe efectuar, con los factores salariales previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985¹⁸¹. Finalmente argumentó, que el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, prescribe, frente a la reliquidación de las pensiones, que la misma se hará «tomando como base el promedio del último año de salarios, sobre los cuales se haya aportado al ente de previsión social», por lo tanto no podrán incluirse en la liquidación de la pensión, factores salariales como prima de navidad y prima de vacaciones.

En Sentencia del 4 de noviembre de 2004¹⁸², cuyo problema jurídico fue establecer si la negativa por parte de Cajanal, de reliquidar una pensión con los factores salariales devengados, y no sólo los cotizados, era procedente; la Corporación, luego de efectuar un análisis de los contenidos normativos sobre factores salariales¹⁸³, expresamente dispuso que si bien en la liquidación de la pensión se deben tener en cuenta los factores devengados, «no pueden incluirse los factores salariales de prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y quinquenios», por cuanto dichos factores no se encuentran contemplados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Señala igualmente, que si bien dichos factores estaban consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, siendo más favorables al empleado, los mismos quedaron derogados con la Ley 62 de 1985 que consagró los factores salariales base para liquidar las pensiones del Sistema General de Pensiones¹⁸⁴. No obstante, señala que dichos factores podrán llegar a ser

¹⁸¹ Correspondiente a: «asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio»

¹⁸² Radicación número: 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, demanda contra la Caja de Previsión Social, para que se reliquide la pensión con los factores devengados: prima de navidad y prima de vacaciones.

¹⁸³ Ley 6 de 1945, Decreto Ley 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 1045 de 1978, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1988.

¹⁸⁴ Esta posición de encuentra también en las sentencias: Del 16 de febrero de 2006, radicado 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, demanda interpuesta por la Universidad del Valle para que la pensión otorgada en un 100% sea ajustada conforme a la Ley 33 de 1985, en la cual el Consejo de Estado reiteró su posición, en cuanto a los factores a tener en cuenta para el reconocimiento pensional, ordenando liquidar la pensión sólo con los factores incorporados en la ley, sin incluir las primas de servicios y navidad; Del 20 de septiembre 2007, radicado número:

tenidos en cuenta en la liquidación de pensiones del Régimen Especial, cuando dichos regímenes así lo permiten. Finalmente, agrega que la anterior posición fue ratificada conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, que consagró la liquidación definitiva de la pensión¹⁸⁵.

Esta posición, también se desarrolla en la Sentencia del 6 de agosto de 2008¹⁸⁶, donde se analizó la demanda de un empleado oficial que pretendía, se le tuvieran en cuenta en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión, los viáticos, como factor salarial dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. El Consejo de Estado estimó que si bien, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 señala: «En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes», dicha expresión debe ser entendida en el sentido que las Administradoras de Pensiones solo pueden hacer las retenciones para efectos de pensión sobre los factores taxativamente señalados en la Ley.

Se señala en esta Sentencia, que no es posible aplicar otros factores diferentes a los contemplados en las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, así sobre ellos se hayan hecho descuentos por aportes, ya que ese fue el querer del legislador, por lo tanto, las Entidades sólo pueden

08001-23-31-000-2000-01858-01(7873-05). Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, demanda interpuesta contra el Ministerio de Educación Nacional, por no haberse tenido en cuenta en la liquidación de la pensión los factores de prima de navidad y de vacaciones, la Corporación igualmente se pronunció en relación a que las primas de navidad y de vacaciones no hacen parte de la base para la liquidación de la pensión, por cuanto no se encuentran contempladas en la Ley 33 de 1985, ni en la Ley 62 de 1985; Del 7 de abril de 2005, Radicación número: 76001-23-31-000-2001-00598-02(1710-03), Sección Segunda, Subsección “B”, 7 de abril de 2005, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá, D.C., en la cual, también se señaló que hacen parte de la liquidación de la pensión, los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión, que sólo pueden hacer parte de la misma, los factores salariales que se señalen en la ley, por lo tanto no hacen parte de la liquidación, las primas de navidad y de vacaciones, ya que expresamente no están consagradas en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

¹⁸⁵ En esta sentencia, el Consejo diferencia, liquidación provisional, de liquidación definitiva y reliquidación de la pensión, la primera hace alusión a la liquidación que se hace de la pensión, cuando la persona todavía se encuentra activa laborando; la segunda se refiere a la liquidación efectuada cuando la persona acredita su renuncia e ingresa en nómina de pensionados, y la tercera, hace alusión a la solicitud de incluir en la liquidación de la pensión, factores salariales no tenidos en cuenta inicialmente.

¹⁸⁶ Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social para que se reliquide la pensión con todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

descontar los aportes sobre los que taxativamente la norma señaló como constitutivos de pensión, no pudiendo incluirse otros factores en su liquidación. En consecuencia, si hubo retenciones por factores salariales diferentes a los contemplados en la norma por parte del empleador, lo que procede es la devolución de dichos recursos al pensionado, porque de no hacerlo, podría generarse un enriquecimiento sin causa de la administración.¹⁸⁷

6.2.2. Segunda Posición: la liquidación de la pensión se realiza con los factores sobre los cuales se realizaron aportes:

Conforme a esta posición, la pensión se debe liquidar teniendo en cuenta los factores que fueron objeto de descuento por el empleador, bien que se encuentran en la norma o no.

Esta posición se encuentra en Sentencia del 16 de febrero de 2006¹⁸⁸ en donde el problema jurídico radicó en establecer si la liquidación de una pensión reconocida por Ley 33 de 1985, que no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año y que fueron objeto de

¹⁸⁷ La anterior posición fue reiterada en la Sentencia del 12 de marzo de 2009, radicado número: 25000-23-25-000-2002-11774-01 (0195-08), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda interpuesta por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por haber otorgado pensión sin el cumplimiento de requisitos legales, en cuya ratio decidendi se señaló que el marco jurídico para el reconocimiento de pensiones de empleados oficiales que se encuentran beneficiados por el Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es la Ley 33 de 1985, y que por lo tanto, los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, son 55 años de edad y 20 años de servicios, y un monto del 75% sobre los factores salariales taxativamente señalados en dicha Ley, haciendo alusión tanto a la Ley 33, como a la Ley 62 de 1985. Así mismo, en la Sentencia del 11 de noviembre de 2009, radicado número: 25000-23-25-000-2004-01574-01 (0930-08), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se analiza un caso, en el cual se demanda a la caja de previsión social de la Superintendencia Bancaria, Capresub, para que se reliquide la pensión teniendo en cuenta las primas de navidad, vacaciones, subsidios de alimentación y transporte y fomento al ahorro. En ella, el Consejo de Estado reiteró que el querer del legislador en relación con las personas próximas a pensionarse, fue establecer un Régimen de Transición, que permitiera el reconocimiento de la pensión con los requisitos de la ley 33 de 1985 y la liquidación de pensiones, con los factores taxativamente señalados en la Ley.

¹⁸⁸ Radicado 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, demanda contra la Gobernación de Cundinamarca, en la cual se analizó un caso en el que en principio se había negado la pensión de vejez y se concluyó que el demandante tenía derecho al Régimen de Transición, y por ende a la aplicación íntegra de la ley 33 de 1985, no solo en los requisitos, sino en el monto de la pensión, la cual se debe liquidar con el 75% de los salario percibidos en el último año de servicios.

descuento para pensión, tales como, prima de navidad, prima de vacaciones, viáticos, dominicales y feriados, estaba acorde a la Ley. En ella, el Consejo de Estado expresa, en primer lugar, que al tratarse de una persona que se encuentra en Régimen de Transición, la misma debe ser reconocida y liquidada de manera integral por el Régimen anterior, conforme al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, cita para ello, la sentencia C-168 de 1995. Así mismo señala que en aras de hacer efectivo el beneficio del régimen de transición, y respetando la situación más beneficiosa a sus destinatarios, la liquidación de la pensión se debe efectuar «con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicios».

6.2.3. Tercera posición: los factores salariales para liquidar la pensión, son enunciativos:

Se evidencia en esta tercera posición, que el Consejo de Estado considera como factores salariales base para la liquidación de la pensión, todos aquellos devengados por el empleado, independientemente de si fueron o no objeto de cotización o si se encuentran señalados en la norma de manera expresa.

Esta posición se encuentra inicialmente en la Sentencia del 29 de mayo de 2003¹⁸⁹, cuyo problema jurídico fue establecer si la negativa de la respectiva Caja de reliquidar una pensión otorgada bajo Régimen de Transición, por Ley 33 de 1985, con factores salariales, como prima de

¹⁸⁹ Radicado número: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, Sección Segunda, Subsección A, demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social, para que se ordene la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales devengados el último año de servicios, correspondientes a: horas extras y auxilio de alimentación.

alimentación, era procedente; el Consejo de Estado expresó que el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión con todos los factores salariales devengados, que no estén expresamente excluidos por la Ley como salario y que hubieren sido objeto de aportes, para ello invoca el concepto de salario dispuesto en la Ley 65 de 1946, en la cual se manifestó que el salario lo constituyen «todas aquellas sumas habituales o periódicas que el trabajo percibe como retribución por sus servicios». Señala igualmente, que si hubo factores salariales sobre los cuales el empleado no efectuó aportes, el empleador podrá hacer las respectivas compensaciones, al momento de reliquidar la pensión.

También se encuentra ésta posición, en la Sentencia del 28 de septiembre de 2006¹⁹⁰, en la cual, el Consejo de Estado se pronunció sobre la pretensión de reliquidar una pensión de un docente con Ley 6 de 1945, y no como la liquidó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la Ley 33 de 1985. La Corporación, luego de pronunciarse sobre la aplicación de la Ley 33 de 1985 para todos los empleados oficiales de cualquier orden, excepto si se trata de un empleado a quien se le debe aplicar un régimen especial; sobre la liquidación de la pensión señaló, que la pensión se debe liquidar con todos los factores salariales percibidos por el demandante que sean de carácter legal, así sobre los mismos no se hayan efectuado aportes, porque la consagración de factores dispuesta en la Ley 33 de 1985 es enunciativa y no taxativa, lo cual se desprende del inciso final, al señalar: «En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden,

¹⁹⁰ Radicado número: 73001-23-31-000-2002-09394-01(9394-05), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, demanda instaurada en contra del Ministerio de Educación, para que la pensión le sea reliquidada con el último año y factores salariales tales como prima de navidad y de educación, el Consejo de Estado señala, que si bien dichos factores salariales fueron percibidos por el demandante, no fueron objeto de aportes, por lo tanto no pueden servir de base para la liquidación de la pensión.

siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes»¹⁹¹.

Otra sentencia que contiene ésta posición, es la Sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁹², la cual es fundamental, ya que se convierte en línea jurisprudencial del Consejo de Estado, por cuanto a partir de la misma, la Corporación decide unificar la jurisprudencia en torno a los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación base para el reconocimiento de la pensión. El problema jurídico precisamente consistió en establecer si era posible la reliquidación de una pensión otorgada por Cajanal, con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios.

Para dirimir el anterior planteamiento, el Consejo de Estado efectúa inicialmente un análisis del Régimen de Transición, para señalar que el demandante reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a continuación señala, que el Régimen pensional aplicable al caso concreto, es el previsto en la Ley 33 de 1985, por cuanto se trata de un servidor que no reúne algún requisito para estar cobijado por un Régimen Especial. Finalmente la corporación hace un

¹⁹¹ La Sentencia, manifestó: “Nótese que las disposiciones legales anteriores son lo suficientemente claras al establecer de manera enunciativa y no taxativa los factores a incluirse en la base de liquidación de la pensión de jubilación pues, si bien se relacionan allí algunos de sus componentes, éstos no se traducen en un conjunto cerrado sino que, por el contrario, tales normas admiten la inserción de otros factores no relacionados en esa enumeración, siempre que sobre los mismos se hayan efectuado los correspondientes descuentos de Ley para el reconocimiento de la pensión, es decir, que dejan abierta la posibilidad de reconocer otros factores diferentes de los consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 - se insiste-, cuando se ha cotizado sobre éstos.”

¹⁹² Radicado Número 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, demanda interpuesta contra la Caja Nacional de Previsión Social para que fuera reliquidada la pensión de jubilación de un técnico de la aeronáutica, con los factores salariales de: incremento por antigüedad, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones en dineros, entre otros. Esta sentencia también tuvo sus antecedentes en la Sentencia del 9 de julio de 2009, Radicado número: 25000-23-25-000-2004-04442-01(0208-07), Sección Segunda, C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez, demanda contra la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, en la cual se solicitó la liquidación de la pensión, con factores salariales como el fomento al ahorro; y en la sentencia del 21 de mayo de 2009, Radicación 25000-23-25-000-2005-04428-01(0525-08), Sección Segunda, C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez, en la cual se demandó a Cajanal por una exfuncionaria de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que se le reliquide la pensión con factores salariales del último año, entre los cuales se solicitó prima de navidad y prima de vacaciones, en la cual, en relación con la liquidación de la pensión también se manifestó que los factores salariales establecidos en la norma, no son taxativos y sólo son un principio general, ya que se corre el riesgo de dejar por fuera otros necesarias para establecer la base de la liquidación.

análisis de los antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales frente a la forma como deben liquidarse las pensiones del Régimen General cobijadas por Régimen de Transición, para concluir, que en la liquidación de la pensión deben ser tenidos en cuenta todos aquellos factores salariales devengados por el empleado, en el entendido que el listado de factores salariales dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 es enunciativo y no taxativo¹⁹³. Se arriba a esta conclusión con fundamento en los siguientes postulados:

Primero, se refiere a la naturaleza jurídica de la pensión, amparado en la definición contenida en la Sentencia C-546 de 1992 y el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para definirla como un derecho del trabajador, resultado de todo el trabajo efectuado durante la vida laboral, a fin de convertirse en una contraprestación para amparar la disminución de capacidad laboral, cuando se llega a una determinada edad y como un salario diferido producto de los aportes efectuados durante la relación laboral.

Segundo, con fundamento en la sentencia C-449 de 2009¹⁹⁴ que define el principio de progresividad como la prohibición de disminuir los logros alcanzados a nivel social, económico y cultural, concluye que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 consagraba unos factores salariales más beneficiosos a efectos de liquidar la pensión, que los contenidos en la Ley 62 de 1985, motivo

¹⁹³ Entre otros, la sentencia señala: “En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente Sentencia de Unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.”

¹⁹⁴ Sentencia del 8 de Julio de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se pronuncia sobre la exequibilidad del artículo 40 de la Ley 3 de 1991 «por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones».

por el cual, el listado de factores salariales previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985, no debe ser taxativo, sino enunciativo, pudiéndose tener en cuenta en la liquidación de la pensión otros factores salariales. Ello con el fin de evitar la regresividad de derechos que se han disminuido con el paso del tiempo y a su vez de privilegiar el principio de primacía de la realidad sobre las formas, por cuanto en la práctica, el trabajador percibe otros factores salariales que no se encuentran consagrados en la Ley,.

Tercero, se fundamenta igualmente en el principio de favorabilidad, al considerar que del artículo 1 de la Ley 62 de 1985 se derivan dos interpretaciones posibles; una relacionada con que la pensión se liquida con base en los factores salariales que fueron objeto de aportes y que se encuentran enlistado en la norma, conforme a la cual, si la pensión se liquidó con factores no contenidos en la norma, habrá lugar a su devolución; y, otra conforme a la cual, la pensión se puede liquidar con todos los factores salariales devengados, previa deducción de los aportes, en el momento de su liquidación. Así las cosas, al existir dos interpretaciones, se debe acudir al artículo 53 de la Constitución Política, en el cual se señala que en caso de duda, se debe aplicar la interpretación que más favorezca al pensionado. En suma, la liquidación de la pensión que se otorga por Régimen de Transición, permite incluir todos los factores devengados por el trabajador.

Cuarto, en relación con la protección de las finanzas públicas, señala que las mismas se encuentran cubiertas, al momento de otorgar la pensión, en la medida que la pensión se financia con las cotizaciones efectuadas por el trabajador y los aportes que se deban descontar sobre los factores salariales sobre los cuales no se cotizó.

Finalmente, frente a los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión, señala que son todos aquellos que tienen que ver con la contraprestación directa del servicio, independientemente de la denominación que se les dé, entre las cuales se incluyen, viáticos, la prima de navidad y prima de vacaciones, entre otros.

Esta sentencia tuvo salvamento de voto del Consejero Gerardo Arenas Betancur, en el cual no compartió la decisión del a-quo, por cuanto en su criterio, el querer del legislador fue establecer de manera taxativa, los factores salariales que constituirían los descuentos para aportes de pensión por parte del empleador, así como los que serían la base para la liquidación de la pensión.

Se pronuncia también frente al principio de favorabilidad. Considera que el mismo no aplica, ya que hace parte de la existencia de dos normas potencialmente aplicables a un caso, situación que no se da en el Régimen de Transición, en donde la única norma posible a aplicar es la del Régimen anterior. Finalmente, tampoco comparte violación alguna respecto del principio de progresividad, el cual se predica de cambios normativos, y no para interpretar normas anteriores, como lo es el Régimen de Transición.

La posición establecida en la sentencia del 4 de agosto de 2010, cómo se anunció, es una sentencia hito reiterada hoy en día por la Corporación en cada una de las Sentencias en que se demanda por Régimen de Transición¹⁹⁵, conforme a la cual, para liquidar la pensión, se deben

¹⁹⁵ Sentencias: Del 26 de agosto de 2010, radicado 15001-23-031-000-2005-0215901 (1738), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la cual se demanda al Ministerio de Educación Nacional para que se reliquide la pensión con el último año de servicios y todos los factores salariales devengados; Del 25 de noviembre de 2010, radicado 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social para que se le reliquide la pensión con todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios; Del 3 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales para que se reliquide la

tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador, independientemente si por dichos factores se cotizó o no. No obstante advierte que en los casos en los cuales no se hayan efectuado aportes, el empleador podrá descontar los aportes que se dejaron de efectuar a la Administradora de Pensiones, en tal sentido, a partir de esta Sentencia se resuelve incluir como factores de liquidación de la pensión, otros adicionales a la lista del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, como prima de navidad y prima de vacaciones.

pensión con los factores salariales devengado en el último año de servicios; Del 27 de enero de 2011, radicado 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, demanda contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se reliquide pensión con los factores salariales de horas catedra, prima de navidad y de vacaciones; Del 10 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2002-02629- 01(0516-08), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social para que se reliquide la pensión; Del 10 de marzo de 2011, radicado 08001-23-31-000-2006-02553-01(1261-10), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, demanda interpuesta por la Universidad del Atlántico para que se anule el acto administrativo que reconoció pensión con el 100% y factores salariales como primas convencionales y bonificación por compensación; Del 17 de marzo de 2011, radicados 13001-23-31-000-2006-00577-01(1559-2010), Sección Segunda, Subsección B., C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, demanda interpuesta contra la Caja Nacional de Previsión Social para que se reliquide la pensión con los factores salariales devengados en el último año, entre otras pretensiones; y 25000-23-25-000-2007-00064-01(0935-10), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social para que se reliquide la pensión con los factores salariales devengados en el último año de servicios; Del 16 de febrero de 2012, concepto 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069), Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. William Zambrano Cetina, solicitado por el Ministerio de Educación Nacional, en relación con los factores salariales para liquidar la pensión; Del 15 de marzo de 2012, radicado 25000-23-25-000-2008-00863-01, (1494-09), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda en contra del Fondo de prestaciones económicas, cesantías y pensiones – FONCEP, para que se reliquide la pensión con todos los factores salariales del último año de servicios; Del 22 de noviembre de 2012, radicado 25000-23-25-000-2010-00157-01 (0949-12) Sección Segunda, Subsección A C.P. Alfonso Vargas Rincón, demanda contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que se le reliquide la pensión con todos los factores salariales del último año de servicios; Del 6 de septiembre de 2012, radicado 25000-23-25-000-2004-08432-01, (351-11), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda contra la Universidad Nacional de Colombia para que se reliquide la pensión con los factores salariales percibidos en el último año de servicios; 26 de septiembre de 2012, radicado 68001-23-31-000-2005-01990-01 (0416-12), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, demanda interpuesta por el Hospital Universitario Ramón González Valencia en Liquidación, para que se anule el acto administrativo que reconoció pensión con el 100% y factores convencionales; Del 8 de mayo de 2014, radicado 25000-23-25-000-2010-00811-01 (0726-13), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social para que se reliquide la pensión con los factores salariales devengados en el último año de servicios; Del 10 de Julio de 2014, Radicado 25000-23-42-000-2012-01646-01(2720-13), Sección Segunda, Subsección “A” C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, demanda contra el SENA, para que se reliquide la pensión con los factores salariales devengados en el último año de servicios; Del 03 de Febrero de 2015, radicado 11001-03-15-000-2000-08801-00(S), Sala 8 Especial De Decisión, C.P. María Elizabeth García González, demanda contra el INCODER; Del 11 de febrero de 2015, radicados 25000-23-25-000-2009-00632-01 (1243-13), Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, demanda interpuesta por la Caja de Vivienda Popular para que se anule el acto administrativo que reconoció pensión en un 100% y factores convencionales y 68001-23-31-000-2006-03163-01 (2500-13) Sección Segunda Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, demanda interpuesta por el Hospital Santo Domingo de Málaga en liquidación, para que se declare la nulidad de un acto administrativo que otorgó pensión con factores extralegales.

¹⁹⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. William Zambrano Cetina, 16 de febrero de 2012, Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069), 25 de noviembre de 2010 ; 3 de febrero de 2011 ; 27 de enero de 2011 , 10 de febrero de 2011 ; 10 de marzo de 2011 ; 17 de marzo de 2011 , 16 de febrero de 2012 ; 15 de marzo de 2012 ; 22 de noviembre de 2012 ; 6 de septiembre de 2012 ; 26 de septiembre de 2012 ; 8 de mayo de 2014 ; 10 de julio de 2014 ; 03 de febrero de 2015 ; 11 de febrero de 2015 entre otras.

Respecto de esta línea jurisprudencial, se tienen diferentes posiciones en torno a su aplicación por parte de entidades de control. La Procuraduría General de la Nación, por ejemplo, mediante la Circular 054 de 2010¹⁹⁶, insta a las autoridades administrativas para que le den aplicación a la sentencia del 04 de agosto de 2010 al momento de reconocer y liquidar una pensión. De otra parte, la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado¹⁹⁷ ha señalado, entre otros, que esta posición no puede constituirse en precedente judicial, por cuanto es anterior a la Ley 1437 de 2011, a partir de la cual el legislador entra a reglamentar la figura del precedente jurisprudencial.

Llama también la atención, que el mismo Consejo de Estado en algunas decisiones emitidas dentro del trámite de aplicación del precedente jurisprudencial que se ha iniciado con posterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011¹⁹⁸, se ha abstenido de aplicar su propio precedente. Sin embargo, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁹⁹ ha señalado, que la no aplicación del precedente jurisprudencial fijado en la Sentencia del 04 de agosto de 2010, implica violación a los principios de debido proceso e igualdad, por cuanto las pensiones que se encuentren en Régimen de Transición y a las cuales se les daba aplicar la legislación anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, se deben liquidar con todos los factores salariales percibidos por el trabajador, no siendo la norma taxativa, sino enunciativa. Señala así mismo, que si bien en la Jurisdicción Ordinaria existe otra interpretación frente a la aplicación del Régimen de Transición, la misma no es vinculante a la

¹⁹⁶ Circular 054 del 05 de noviembre de 2010, expedida por la Procuraduría General de la Nación.

¹⁹⁷ Conceptos emitidos a la entidad Administradora de Pensiones de Antioquia en solicitudes de extensión de la jurisprudencia, del artículo 614 del Código General del Proceso, y artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Radicado 20141030024481.OAJ del 29 de abril de 2014.

¹⁹⁸ Sentencias emitidas en radicados 11001032500020130058500 demandantes: Jorge Ivan Arboleda Lopera Y Jose Pablo Osorio de Ossa y 11001032500020130036800, demandante: Jesús María Zapata Giraldo, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁹⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. William Zambrano Cetina, 16 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069)

Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que ambas jurisdicciones gozan de autonomía para la interpretación de los asuntos sometidos a su competencia²⁰⁰.

En conclusión, si quien ordena la liquidación de la pensión es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la pensión se deberá reconocer y liquidar con las condiciones fijadas en el Régimen anterior, esto es, conforme a la edad, tiempo de servicios, monto de la pensión y promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, previstos en la Ley 33 de 1985. Ello en atención al principio de favorabilidad, según el cual los derechos laborales no pueden ser regresivos, no pudiéndose liquidar la pensión conforme a Ingreso Base de Liquidación de la Ley 100 de 1993, porque de hacerse de esa manera se afectarían los derechos laborales de las personas.

Así mismo, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la pensión se podrá liquidar con todos aquellos factores devengados que se consideren salario, independientemente si fueron cotizados o no. Lo cual de entrada genera inseguridad jurídica, ya que una persona pudo en el último año, dedicarse a viaticar para incrementar el valor de su pensión, o lograr el cambio de empleo, con un salario superior al devengado durante toda la vida laboral; es decir, de entrada genera privilegios, porque da lugar a que algunas personas, conforme a consideraciones particulares, se lleguen a pensionar bajo condiciones especiales, dentro de un Régimen que en principio es general, con el cual lo que se pretendía, era la eliminación de todos los privilegios existentes con los regímenes especiales y otorgar una pensión proporcional a los aportes efectuados tanto por empleador como empleado.

²⁰⁰ Sentencia del 31 de marzo de 2011, radicado 11001-03-15-000-2011-00247-00(AC)Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, por medio de la cual, el Consejo de Estado consideró que exista violación a la aplicación del precedente jurisprudencial, fijado por la Corporación en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, en tal sentido ordenó su aplicación y como consecuencia la reliquidación de la pensión con factores salariales como prima de navidad y prima de vacaciones.

Queda también la duda, respecto a que pasa con los empleadores que no cotizaban antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y quienes hoy no se encargan de reconocer la pensión, por cuanto en dichos casos, si la administradora de pensiones es quien reconoce y liquida pensión, y lo debe hacer con los salarios devengados por el empleado en el último año de servicios, pero la pensión se financia con las cotizaciones o aportes durante su vida laboral, quien entrará a financiar la pensión?, sólo el empleado a quien se le haga la deducción de aportes al momento del reconocimiento? O también el empleador, quien no efectuó las respectivas deducciones y tampoco aportó para pensión?

Los anteriores son interrogantes, que no se resolverán con el presente trabajo, sin embargo deberán ser abordados en su momento por la doctrina y la jurisprudencia, a efectos de establecer la forma de garantizar la financiación de la pensión.

Continuando con la aplicación de la teoría de López Medina (2006), a continuación graficaremos este segundo problema jurídico planteado por el Consejo de Estado, así:

Tabla 8. ¿Qué factores salariales hace parte de la liquidación de la pensión que se reconoce por el Régimen de Transición?

<p>La pensión otorgada por régimen de transición, se liquida con todos los factores salariales devengados por el empleador.</p>	<p>●</p> <p>28-10-1993 5244</p> <p>●</p> <p>19-08-1996 C-857</p> <p>●</p> <p>05-06-1997 C-960</p> <p>●</p> <p>29-03-2001 0636-00</p> <p>●</p> <p>14-11-2002 3534-00</p> <p>●</p> <p>29-05-2003 4471-02</p> <p>●</p> <p>28-09-2006 9394-05</p> <p>●</p> <p>16-02-2006 1579-04</p> <p>●</p> <p>20-09-2007 7873-05</p> <p>●</p> <p>06-08-2008 0640-08</p> <p>●</p> <p>12-03-2009 0195-08</p> <p>●</p> <p>11-11-2009 0930-08</p> <p>●</p> <p>04-08-2010 0112-09</p>	<p>La pensión otorgada por régimen de transición, se liquida con todos los factores salariales objeto de cotización por el empleado.</p>
---	---	--

Capítulo 7

Los problemas derivados de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales

Conforme a lo expuesto en los capítulos anteriores, se tienen dos posiciones jurisprudenciales frente a la aplicación del régimen de transición:

Una que se deriva de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, para quien el legislador lo que quiso fue aplicar la Ley 33 de 1985 de manera ultractiva en relación con los requisitos que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión, esto es, edad, 55 años tanto para hombres, como para mujeres; tiempo de servicios o semanas cotizadas, que deben ser 20 años; y monto de la pensión, del 75% sobre el ingreso base de liquidación. Pero en relación con la liquidación de la pensión, la misma se debe llevar a cabo con los parámetros dispuestos en la Ley 100 de 1993, bien el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, o el promedio que le haga falta para pensionarse, si es inferior a diez años, contados a partir de la entrada en vigencia del sistema²⁰¹.

La segunda posición se encuentra en el Consejo de Estado, para quien, en aras del principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, la Ley 33 de 1985 debe ser aplicada en su integridad, es decir, no sólo en cuanto a los requisitos edad, tiempo de servicios

²⁰¹ Decreto 691 de 1994, artículo 2: para el nivel nacional 1 de abril de 1994 y para el nivel territorial 30 de junio de 1995.

o semanas cotizadas y monto de la pensión, sino también, en relación con la forma de liquidarse la pensión, esto es, el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios²⁰².

La Corte Constitucional por su parte, no ha tenido una posición unánime frente a la aplicación del régimen de transición, si bien en principio declaró la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993²⁰³, en torno a la creación del régimen de transición y justificó su existencia en la medida que regula meras expectativas o expectativas legítimas²⁰⁴, a lo largo de la producción de sentencias de tutelas, ha confundido régimen general del servidor público, con régimen especial²⁰⁵, y en tal sentido, ha establecido que la aplicación de la Ley 33 de 1985 debe hacerse en su integridad, no sólo en cuando a sus requisitos, sino también en torno a la liquidación de la pensión, en protección del principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma. Sólo con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015²⁰⁶, cambio de posición en torno a la interpretación del régimen de transición y la liquidación de la pensión. Es así como hoy, la interpretación de la Corte Constitucional frente al ingreso base de liquidación, es que el mismo no hace parte del régimen de transición y en esta medida, la pensión cobijada por régimen de transición, si bien se le aplican los requisitos de la Ley 33 de 1985, debe ser liquidada conforme a los parámetros de la Ley 100 de 1993.

²⁰² Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejero ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

²⁰³ Sentencia C-168 de 1995.

²⁰⁴ Sentencia C-789 de 2002

²⁰⁵ Al respecto véanse las sentencias T-158 de 2006, T-607 de 2005, T-562 de 2005, T-487 de 2005, T-432 de 2005, T-386 de 2005 y T-159 de 2005, T-245 de 2004 T-812 de 2004 y T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1042 de 2002 y T- 634 de 2002, T-1316 de 2001 y, T-977 de 2001, T-1116 de 2000 y T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999 y T-325 de 1999, T-718 de 1998 y T-116 de 1998, T-637 de 1997, T-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

²⁰⁶ También se ha pronunciado en igual sentido, mediante el Auto 326 de 2014 y las sentencias de tutela T-078 de 2014 y T-353 de 2012.

Dado lo anterior, se expondrán a continuación, las diferentes problemática que se considera se presentan ante las diferentes interpretaciones anteriores, las cuales es necesario destacar, previo a sacar una teoría propia sobre la aplicación e interpretación del régimen de transición de los servidores públicos del sistema general de pensiones.

7.1. Primer Problema: Las interpretaciones de las administradoras de pensiones frente a la aplicación del régimen de transición:

Los problemas se presentan en torno a que interpretación se debe acoger por parte de las administradoras de pensiones²⁰⁷ al momento de liquidar la pensión del afiliado que se encuentra en régimen de transición, ya que si bien se debe aplicar de manera ultractiva los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, deben lidiar con si aplican el ingreso base de liquidación contenido en la Ley 100 de 1993²⁰⁸, o por el contrario, tomar una posición, bien respecto a la interpretación que sobre el ingreso base de liquidación ha expresado el Consejo de Estado o por otra parte acoger la interpretación, sobre el IBL, que han dado la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

²⁰⁷ Conforme al artículo 52 de la Ley 100 de 1993, la única administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida, es el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones. No obstante en el país sobreviven otras entidades que administran el Régimen de Prima Media con prestación Definida, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, declararon su solvencia. Este es el caso de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (Sigla: "Caxdac"); Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –Fonprecon-; Caja de Previsión Social de Comunicaciones "Caprecom", hoy en liquidación; Caja de Previsión Social de Los Trabajadores de La Universidad del Cauca- En Liquidación y a nivel territorial Pensiones de Antioquia, establecimiento público adscrito al Departamento de Antioquia.

²⁰⁸ El Ingreso Base de Liquidación, se encuentra contenido, tanto en el artículo 21, como en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según la fecha de liquidación de la pensión, partiendo de la entrada en vigencia del sistema.

En el caso de Colpensiones, ha habido diferentes posiciones en torno a la liquidación de la pensión cobijada por régimen de transición y en virtud del cual se debe aplicar la Ley 33 de 1985. En un principio se acogió la interpretación del Consejo de Estado, ordenando liquidar éstas pensiones, con los salarios percibidos en el último año de servicios²⁰⁹; posteriormente con la expedición de la Sentencia C-258 de 2013, dispuso que la liquidación de éstas pensiones se haría con el promedio de los salarios devengados en los últimos diez años²¹⁰ aplicando en tal sentido el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional²¹¹, no obstante precisó que el alcance de esta interpretación sólo se aplicará a partir de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, es decir, el 8 de mayo de 2013²¹².

De conformidad con lo anterior, hoy Colpensiones, entidad autorizada por Ley, para administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, reconoce pensiones del régimen de transición, de los servidores públicos cobijados por la Ley 33 de 1985, conforme a dos criterios²¹³:

²⁰⁹ Circular 01 del 01 de octubre de 2012, la cual también tuvo como fundamento la Circular 054 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación, en la cual se insta a las autoridades para dar aplicación a la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejero ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

²¹⁰ Circular 04 del 26 de junio de 2013. Circular suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente 11001-03-25-000-2013-01383-00 (349613) del 31 de marzo de 2014, Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, pero sólo en relación con los efectos de la interpretación del Decreto Ley 546 de 1971, entre otras razones, por considerar que la sentencia C-258 de 2013, no pretendía trasladar el análisis del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en relación con las pensiones de Congresistas, Magistrados de las altas Cortes y otros altos funcionarios, a otros regímenes especiales o exceptuados, por tener características específicas y ser distintos entre sí. A su vez, porque al apartarse del precedente del Consejo de Estado, se atribuyó competencias que le corresponden al Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa.

²¹¹ Artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Tuvo como fundamento igualmente las sentencias C-539 de 6 de julio, C-634 de 24 de agosto, C-816 de 1º de noviembre todas de 2011, C-588 de 25 de julio de 2012

²¹² Circular 06 del 18 de diciembre de 2013, la cual se produjo, según sus considerando por requerimiento de la Procuraduría General de la Nación.

²¹³ Nota aclaratoria del 22 de enero de 2014 de Colpensiones.

Si el solicitante adquirió el derecho a pensionarse antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, esto es, 8 de mayo de 2013, tendrá derecho a que su pensión sea liquidada conforme a la Jurisprudencia del Consejo de Estado vigente para la época, es decir, con el IBL establecido en la Ley 33 de 1985, que consiste en el promedio de los salarios percibidos durante el último año de servicios.

Por el contrario, si en el mismo caso, la persona adquirió el derecho a pensionarse con posterioridad al 8 de mayo de 2013, la liquidación de la pensión se hará conforme a los criterios legales dispuestos en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el tiempo que le hiciera falta, o el dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años.

Otra administradora de pensiones, del régimen de prima media con prestación definida, que hoy sobrevive después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es Pensiones de Antioquia, establecimiento público del orden territorial, adscrita al Departamento de Antioquia, respecto a la liquidación de pensiones cobijadas por régimen de transición y a quienes se les aplican los requisitos de la Ley 33 de 1985, no aplica el precedente judicial del Consejo de Estado y en tal sentido, toda solicitud de reconocimiento de pensión por Ley 33 de 1985, si bien le aplica los requisitos de dicha ley, la liquida conforme a las disposiciones normativas del IBL consagrado en el artículo 21 y en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993²¹⁴.

²¹⁴ Instructivo 001 del 12 de julio de 2012.

7.2 Segundo Problema: Jurisdicción que debe dirimir las controversias del régimen de transición.

Esta problemática había sido advertida por Quintero Sepúlveda (2011, pág. 427), al hacer un recuento histórico, normativo y jurisprudencial, en torno a los conflictos de competencia que se suscitan para conocer de los asuntos derivados de la transición. Sin embargo será abordado con una óptica diferente.

El problema se presenta por cuanto, el pensionado por régimen de transición, no conforme con la liquidación de la pensión efectuada por la respectiva administradora de pensiones, acude a la jurisdicción con la intención de que su pensión le sea liquidada de manera integral con la Ley 33 de 1985, es decir, con el promedio de los salarios percibidos durante el último año de servicios, y no con el ingreso base de liquidación del promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años. Pero una será la decisión si se acude ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y otra, si se acude ante la Jurisdicción Laboral, por cuanto cada una tiene un criterio diferente frente a cómo deben liquidarse las pensiones de las personas que se encuentren en régimen de transición.

En efecto, si se escoge la vía ordinaria, la liquidación de la pensión a la cual se le aplican los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión dispuestos en la Ley 33 de 1985, se hará con los parámetros establecidos en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según la fecha de adquisición del derecho, es decir, el promedio del tiempo que le faltara para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley o el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años. Por el contrario, si la vía es la administrativa, la liquidación de

la pensión se hará con los parámetros de la Ley 33 de 1985, es decir con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Esta controversia se ha presentado debido a los constantes cambios legislativos en torno a la competencia, si bien inicialmente con las Leyes 448 de 1996, 362 de 1997 y 712 de 2001, se establecía un criterio material de competencia, conforme al cual, todo conflicto sobre la seguridad social era dirimido por la Jurisdicción Laboral; posteriormente con la expedición de la Ley 1107 de 2006²¹⁵, se expresó que la Jurisdicción Contenciosa dirimiría las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas²¹⁶. En tal sentido, se pasó de un criterio material a un criterio orgánico, de un criterio que dependía de la naturaleza de las controversias, a un criterio que depende de la calidad de la parte involucrada en la misma.

Lo anterior dio lugar a que la mayoría de demandas interpuestas contras las administradoras de pensiones, fueran conocidas por la Jurisdicción Laboral, para quien la pensión otorgada en régimen de transición se liquida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir con los requisitos del régimen anterior – Ley 33 de 1985 y el IBL de la Ley 100 de 1993, esto es, los salarios cotizados en los últimos diez años; y no por la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde la posición es que la pensión se reconozca y otorgue con el régimen anterior, Ley 33 de 1985, es decir, los salarios cotizados en el último año de servicios.

²¹⁵ Por medio de la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998.

²¹⁶ Artículo 1 de la Ley 1107 del 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998.

A su vez, si bien con la Ley 1107 de 2006 se varían las reglas de competencia, la Corte Suprema de Justicia siguió conociendo de asuntos, que en principio, por el criterio orgánico de competencia, deberían ser de conocimiento de la Jurisdicción contenciosa administrativa por versar sobre controversias en materia pensional de empleados públicos.

La situación tampoco cambió con la expedición de la Ley 1395 de 2010, la cual no modificó las reglas de competencia en seguridad social previstas en la Ley 1107 de 2006, pero en la práctica las controversias seguían siendo dirimidas por la Jurisdicción laboral.

Sólo hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011²¹⁷ que estableció nuevas reglas de competencia, se dio claridad, en el sentido que la jurisdicción contencioso administrativa sería la que debía conocer de las controversias relativas a la seguridad social.

Si bien hoy, la competencia en materia de seguridad social, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, muchos pensionados que ya habían demandado ante la jurisdicción laboral, demandan nuevamente ante la jurisdicción contencioso administrativa, con la sorpresa de que en ciertos casos se ha accedido a sus pretensiones, por considerar que pese a existir una sentencia ejecutoriada, que en principio representa cosa juzgada, la causa petendi es diferente, porque ahora lo que se pretende es la nulidad de los actos administrativos de reconocimiento y negación de reliquidación de la pensión²¹⁸. Interpretación que en principio atenta contra el principio de seguridad jurídica.

²¹⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

²¹⁸ Sentencia S4ta 228 AP 31 de octubre de 2014, Radicado 05001-33-31-004-2011-00544-01, M.P. Mercedes Judith Zuluaga y Sentencia del 15 de abril de 2015, Radicado 05001-33-31-024-2012-0007801, M.P. Juan Carlos Hermosa Rojas, ambas del Tribunal Administrativo de Antioquia, en demandas contra la administradora de pensiones, Pensiones de Antioquia.

7.3 Tercer Problema: Incremento del pasivo pensional por la reliquidaciones de pensiones, con factores salariales por los cuales no se cotizo.

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, si bien se consolidó un sistema general de pensiones, con dos regímenes independientes y excluyentes²¹⁹, con el cual las pensiones entran a regularse por las disposiciones normativas en ella contenidas, también es cierto, que en aras de garantizar la protección de las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, se consolidó un régimen de transición, en virtud del cual se puede aplicar de manera ultractiva, disposiciones ya derogadas, para el caso, objeto de estudio, la Ley 33 de 1985, en cuanto a los requisitos para otorgar una pensión (Muñoz Segura, 2014).

En esta medida, antes de la entrada en vigencia del sistema, la mayoría de empleados públicos no cotizaban para efectos de pensión y por lo tanto, las entidades, cajas o fondos existentes, eran a quienes les correspondía asumir las diferentes prestaciones económicas en favor de los servidores, como es el caso de las pensiones, por lo tanto, como no existían cotizaciones, los valores que la respectiva Entidad, caja o fondo deben reconocer por concepto de pensión, se convierten en un pasivo pensional que debe ser asumido por la respectiva entidad, el cual es financiado sólo por ella²²⁰.

²¹⁹ Régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones y régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por las administradoras de pensiones privadas.

²²⁰ Este pasivo pensional, se encuentra previamente regulado en la Ley 549 de 1999.

Con la Ley 100 de 1993, el legislador, en aras del principio de solidaridad quiso que toda pensión fuera financiada, no sólo por la Entidad territorial o el empleador, sino también por el trabajador o servidor público, en una proporción 75/25, y para ello, al crear el Sistema General de Pensiones, estableció el sistema de cotizaciones, que corresponden a un porcentaje previamente definido²²¹ sobre el salario percibido por ese trabajador o servidor público, monto con el cual año a año se acumula el capital necesario para la financiación de la pensión cuando la persona reúna los requisitos para pensionarse.

En este sentido, todos los empleadores y empleados tienen la obligación de afiliarse a una administradora de pensiones²²², generándose como consecuencia, que sea la administradora de pensiones, a quien le corresponde reconocer la respectiva pensión una vez el trabajador reúne los requisitos para acceder a ella, así, la pensión se reconoce con tiempos laborados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales en su mayoría no fueron cotizados, y con tiempos cotizados después de la vigencia de la Ley, las cuales reposan en poder de la administradora.

En suma, al ser la administradora de pensiones quien reconoce la pensión del régimen de transición con los requisitos de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, es a quien también le corresponde liquidarla con el IBL de la Ley 100 de 1993, bien el señalado en el artículo 36, en cuanto al tiempo que le hiciera falta o en el artículo 21 respecto de los últimos diez años, y con los factores salariales por los cuales recibió cotizaciones²²³.

²²¹ Artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

²²² Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

²²³ Decretos 1058 de 1994 y 1168 de 1995, es decir salario mensual, gastos de representación, prima técnica, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

Sin embargo, como las administradoras de pensiones, sólo tienen en su poder las cotizaciones que reciben con base en los factores salariales señalados en la ley en virtud a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones²²⁴, los cuales, de conformidad con los Decretos 1158 de 1994 y 1068 de 1995, corresponden a los factores salariales cotizados por empleador y empleado, en la proporción 75% y 25% respectivamente, para la financiación de la pensión, deben llamar a concurrir bien, al empleador, ya que no cotizó a una administradora de pensiones, correspondiéndole asumir dicho tiempo directamente, a través de la figura de la cuota parte²²⁵, o a Colpensiones, a través de un bono pensional²²⁶, en los casos en que el empleador si hubiera cotizado.

²²⁴ El artículo 3 del Decreto 691 de 1994 señala: “A partir de la fecha de aplicación del sistema de qué trata el artículo anterior, las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivencia de los servidores públicos referidos en el artículo 1º, se regirán en un todo por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o reglamenten. Los servidores públicos del orden departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, continuarán vinculados a la caja, fondo o entidad a la cual se encontraban afiliados, hasta la fecha de entrada en vigencia del sistema que señale el respectivo gobernador o alcalde. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994 deberán efectuar los aportes al fondo de solidaridad de pensiones.”

Por su parte el Decreto 1168 de 1995, señaló en su artículo primero:

“Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental, distrital y municipal, incorporados de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 1 del Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, entrará a regir el 30 de junio de 1995, siempre que la entrada en vigencia del sistema no haya sido decretada con anterioridad por el gobernador o alcalde.

A partir de la fecha de la vigencia del sistema de qué trata el presente artículo, las pensiones de vejez, de invalidez por riesgo común y de sobrevivientes por riesgo común, al igual que las demás prestaciones contempladas en el sistema, de los servidores públicos mencionados en el inciso anterior, se regirán íntegra y exclusivamente por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que las modifiquen, adicionen o reglamenten.

²²⁵ La cuota parte es una figura existente desde 1947 (Inicialmente se reguló en la Ley 72 de 1947 y el Decretos 2921 de 1948, luego en la el Decreto 1848 de 1969 y posteriormente en las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988.), prevista con el fin de contribuir al financiamiento de la pensión, a través de una cuota en dinero proporcional por el tiempo que no se cotizó en relación con el monto de la pensión reconocida. Se genera porque en el financiamiento de la pensión, no solo interviene la administradora de pensiones, quien es la que finalmente reconoce la pensión, sino todos los empleadores a los que haya servido el pensionado. Por lo tanto si a la entrada en vigencia del sistema, una persona no estaba afiliada a una administradora de pensiones, o se afilió al Instituto de los seguros sociales y/o luego se vinculó en una de las entidades o fondos señalados por ley para administrar el régimen de prima media con prestación definida, y es esta Entidad quien lo debe pensionar, surge la figura de la cuota parte, la cual se impone a las cajas, fondos o empleadores para financiar el tiempo anterior a la entrada en vigencia del sistema, por el cual no se cotizó. Si bien la administradora reconoce el 100% de la pensión, ese 100% es financiado por los empleadores en los cuales laboró el pensionado a prorrata del tiempo servido, independientemente del valor que por pensión recibe mensualmente el pensionado, valor que no se podrá suspender por ningún motivo. Lo que sucedía antes de la Ley 100 de 1993, era que cuando una caja, fondo o empleador reconocía la pensión de una persona que había laborado no sólo en esa entidad, sino en algunas otras, liquidaba la pensión de manera proporcional a los tiempos laborados, y sobre el monto de la pensión reconocida, establecía una cuota parte a cargo de cada uno de los empleadores, a prorrata de los tiempos servidos, valor que genera el pasivo pensional de la respectiva entidad.

²²⁶ Existen varias clases de bonos dependiendo de la clase de servidor y de la entidad para la cual se haya laborado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales se convierten en un título valor por medio del cual se reconocen los aportes o tiempos laborados anteriores a la Ley 100 de 1993, que entrar a financiar la pensión. El bono pensional, a diferencia de

Lo anterior significa que en el otorgamiento de la pensión influyen dos factores para su conocimiento y liquidación, así:

Uno, es que la financiación de la pensión se hace con todo el tiempo laborado por el respectivo servidor, a partir de la Ley 100 de 1993, con las cotizaciones efectuadas al sistema, y antes de la Ley, con la figura del bono pensional o de la cuota parte pensional.

Y otro, es que la liquidación de la pensión se debe hacer, bien con el promedio del tiempo que le hiciere falta para pensionarse, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque a la entrada en vigencia del sistema y la fecha de causación del derecho, le faltaban menos de diez años para pensionarse; o con el promedio de los factores cotizados en los últimos diez años, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

El problema se presenta cuando por orden judicial, la administradora de pensiones debe reliquidar la pensión con otros factores salariales por los cuales no se cotizó, ni por el trabajador, ni por el empleador, y con el promedio de los salarios percibidos en el último año de servicios.

Ello representa, que de entrada, la administradora de pensiones debe asumir la financiación de la

la cuota parte, es un monto de dinero, que se reconoce por una sola vez. (Bonos tipo A, financian las pensiones de las personas que se encuentran en régimen de ahorro individual con solidaridad, por los tiempos laborados antes del 01 de abril de 1994 en entidades públicas o que de empresas que tenían a su cargo el pago de pensiones. Bonos tipo B, financian la pensión de quien se pensional por el régimen de prima media con prestación definida administrado, por el ISS por los tiempos laborados antes del 01 de abril de 1994. Bonos tipo C, financian la pensión de quien se encuentran en el Fondo del Congreso – Fonprecon, con posterioridad al 1 de abril de 1994 y tienen o no la calidad de congresistas. Bonos tipo E, financia la pensión de quien se encuentran en Ecopetrol con posterioridad al 1 de abril de 1994. Bonos Tipo T, creados por el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009, para financiera las pensiones de quienes venían vinculados con el ISS con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 eran afiliados cotizantes o no cotizantes., dependiente de la clase de servidor y de la entidad para la cual se haya laborado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales se convierten en un título valor por medio del cual se reconocen los aportes o tiempos laborados anteriores a la Ley 100 de 1993, que entrar a financiar la pensión. El bono pensional, a diferencia de la cuota parte, es un monto de dinero, que se reconoce por una sola vez.)

pensión con factores salariales por los cuales no se cotizó, es decir, por un valor mayor, al inicialmente previsto.

Así, cuando la pensión se debe reliquidar con factores salariales diferentes a los establecidos en la Ley y por los cuales no se cotizó²²⁷, debería haber lugar a reliquidar de igual manera la cuota parte o el bono pensional, según proceda. No obstante, los fallos judiciales no lo ordenan y en principio, si bien la administradora de pensiones, es quien asume la financiación de la pensión, no existe un equilibrio presupuestal entre lo que recibió y lo que debe pagar por el monto de la pensión. Por otra parte, si la orden judicial ordenara reliquidar esa cuota parte o bono pensional, ello contribuiría a incrementar el pasivo pensional de la respectiva entidad.

En los casos anteriores, si bien en la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta un periodo de tiempo que puede ser diez años o un tiempo inferior, el monto de la pensión deberá financiarse no solo con las cotizaciones recibidas por la administradora de pensiones luego de la entrada en vigencia del sistema, sino con los tiempo laborados con anterioridad a la vigencia del mismo.

Así mismo, según el criterio del Juzgado o Tribunal, en la liquidación de la pensión, podrán ingresar diferentes factores salariales según la norma que se adopte, así:

²²⁷ Factores señalados en las respectivas sentencias o los definidos en el Decreto 1045 de 1978.

Tabla 9. Factores salariales, según la norma que se aplique.

Decreto 1045 de 1978, artículo 45²²⁸	Ley 62 de 1985, artículo 1²²⁹	Decreto 1068 de 1995, artículo 7²³⁰
La asignación básica mensual;	Asignación básica,	La asignación básica mensual;
Los gastos de representación y la prima técnica;	Gastos de representación;	Los gastos de representación;
Los dominicales y feriados;	Dominicales y feriados;	La remuneración por trabajo dominical o festivo;
Las horas extras; El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;	Horas extras; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.	La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
La bonificación por servicios prestados;	Bonificación por servicios prestados;	g. La bonificación por servicios prestados.
La prima de navidad; La prima de servicios; La prima de vacaciones; Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968	primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;	La prima técnica, cuando ésta sea factor de salario; Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, cuando sean factor de salario;
Los auxilios de alimentación y transporte;		
Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;		

²²⁸ Factores salariales existentes antes de la entrada en vigencia del sistema.

²²⁹ Factores salariales previstos con la Ley 33 de 1985

²³⁰ Factores salariales sobre los cuales hoy se cotiza.

Decreto 1045 de 1978, artículo 45²²⁸	Ley 62 de 1985, artículo 1²²⁹	Decreto 1068 de 1995, artículo 7²³⁰
Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;		

Para efectos de ejemplificar las anteriores premisas teóricas, se ilustrará el siguiente caso hipotético:

La señora “A” laboró durante toda su vida, para las siguientes entidades:

Entidad	Periodo laborado	Entidad para la que cotizó	Total días laborados
Entidad empleadora 1	01 de Julio de 1982 hasta el 12 de Julio de 1988	La misma entidad lo asume.	2.189 días
Entidad empleadora 2	del 27 de Febrero de 1989 al 30 de junio de 1995, y, del 01 de julio de 1995 al 28 de febrero de 2014.	La misma entidad lo asume. Caja o fondo de Pensiones	9.004 días
Total de días laborados			11.193 días laborados

De los tiempos laborados a la entrada en vigencia del sistema, se evidencia que la Entidad empleadora 2, comenzó a cotizar a una caja o fondo, sobre los factores salariales señalados en los Decretos 1158 de 1994 y 1068 de 1995.

La Administradora de pensiones, con base en los anteriores tiempos, liquidó la pensión con el promedio de los salarios cotizados al sistema, en los últimos diez años, según lo dispuesto en el

artículo 21 de la Ley 100 de 1993²³¹, esto es, entre 11 de enero de 2004 y el 28 de febrero de 2014²³², así:

Periodo	Salario promedio anual	Total de días tenidos en cuenta	IPC
11 de enero de 2004 al 30 de diciembre de 2004	\$809.167	350	1,49
1 de enero de 2005 al 30 de diciembre de 2005	\$1.024.000	360	1,42
1 de enero de 2006 al 30 de diciembre de 2006	\$1.080.500	360	1,35
1 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2007	\$1.135.000	360	1,29
1 de enero de 2008 al 30 de diciembre de 2008	\$1.444.250	360	1,22
1 de enero de 2009 al 30 de diciembre de 2009	\$1.336.333	360	1,13
1 de enero de 2010 al 30 de diciembre de 2010	\$1.497.000	360	1,11
1 de enero de 2011 al 30 de diciembre de 2011	\$1.515.000	360	1,08
1 de enero de 2012 al 30 de diciembre de 2012	\$1.580.667	360	1,04
1 de enero de 2013 al 30 de diciembre de 2013	\$1.949.000	360	1,01
1 de enero de 2014 al 28 de febrero de 2014	\$2.069.000	60	1,00

Con los anteriores promedios, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la señora “A”, es de \$1.621.961.00, IBL sobre el cual se aplica el monto de la pensión del 75% que dispone

²³¹ Ingreso Base de Cotización – IBL.

²³² Los años se toman de 360 días, como se liquidan 10 años, estos se cuentan desde la fecha de desvinculación hacia atrás, arrojando que la liquidación debe comprender el periodo 11 de febrero de 2004 al 28 de febrero de 2014, que equivalen a 3600 días.

la Ley 33 de 1985, por encontrarse en régimen de transición, para obtener como resultado una pensión mensual de \$1.216.471.00, con el IPC del año 2014²³³.

De los tiempos laborados por la señora “A” se evidencia que antes de la entrada en vigencia del sistema – 1 de julio de 1995, asumiendo que era una entidad territorial –, la señora laboró en la entidad empleadora 1 y en la entidad empleadora 2, quienes asumían sus propias prestaciones económicas, es decir, no le cotizaban a ninguna administradora de pensiones, y que con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema, la Entidad empleadora 2 comenzó a cotizar en una administradora de pensiones, es decir que en la Administradora de pensiones sólo hay cotizaciones por el periodo comprendido entre el 01 de julio de 1995 al 28 de febrero de 2014. De tal manera que corresponde distribuir el monto de la pensión, a prorrata por los tiempos laborados, en cada una de las Entidades, por concepto de cuota parte²³⁴, así:

Entidad	Periodo laborado	Total días laborados	Monto de la pensión
Entidad 1	01 de Julio de 1982 hasta el 12 de Julio de 1988	2.189 días	\$237.904
Entidad 2	del 27 de Febrero de 1989 al 30 de junio de 1995, y,	2.284 días	\$248.228
Administradora de Pensiones	del 01 de julio de 1995 al 28 de febrero de 2014	6.720 días	\$730.339

El mismo caso anterior, puede entrar a financiarse por bono pensional, por los tiempos anteriores al 1 de abril de 1994, no cotizados al sistema general de pensiones, por las Entidades

²³³ Valor que de conformidad con la Ley 100 de 1993 de 1994, deberá indexarse con el IPC del año en que ingresa a la nómina de pensiones.

²³⁴ Se aplica una regla de tres simple, sobre el monto de la pensión a reconocer conforme a la cantidad de tiempo laborado en cada una de ellas.

empleadoras 1 y 2, si quien fuera a pensionar, fuera el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, conforme a la liquidación que se haga a través del Ministerio de Hacienda²³⁵.

Retomando el problema, si en el presente caso, la señora “A” acude a la jurisdicción contenciosa administrativa, con las pretensión de que su pensión sea reliquidada con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios y su proceso termina con sentencia en contra de la Administradora de Pensiones, se tendría que entrar a reliquidar la pensión, incluyendo dentro del Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales ordenados por el respectivo Juzgado o Tribunal, según la posición que se adopte en la sentencia, pudiendo entrar factores, anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, previstos en el Decreto 1045 de 1978, como: prima de navidad, prima de vacaciones, viáticos y/o auxilios de alimentación²³⁶, u otros factores extralegales, como prima de vida cara, auxilio por calamidad, auxilio escolar u otros²³⁷.

Al aplicar la anterior interpretación, producto de un fallo judicial, al caso anteriormente planteado, tendríamos:

La señora “A” laboró durante toda su vida, para las siguientes entidades:

Entidad	Periodo laborado	Entidad para la que cotizó	Total días laborados
Entidad empleadora 1	01 de Julio de 1982 hasta el 12 de Julio de 1988	La misma entidad lo asume.	2.189 días
Entidad empleadora 2	del 27 de Febrero de 1989 al 30 de junio de 1995, y,	La misma entidad lo asume.	9.004 días

²³⁵ El Ministerio de Hacienda, con fundamento en el Decreto 1748 de 1995, puso en funcionamiento desde 1996 un sistema interactivo de liquidación de bonos pensionales

²³⁶ Factor salarial regulado en el Decreto 1045 de 1978

²³⁷ Factor extralegal, no previsto en la Ley, creado por algunas entidades territoriales con fundamento en las Leyes 4ª de 1913, 72 de 1926 y 89 de 1936, existentes antes de la Constitución de 1991.

	del 01 de julio de 1995 al 28 de febrero de 2014.	Caja o fondo de Pensiones	
Total de días laborados			11.193 días laborados

La reliquidación de la pensión se debe hacer sobre el último año de servicios, y suponiendo que la señora “A” recibió en ese último año, prima de navidad y prima de vacaciones, factores autorizados en la sentencia, para reliquidar la pensión, tendríamos, que la liquidación debe hacerse entre el 27 de febrero de 2013 y el 28 de febrero de 2014, así:

Periodo	Salario promedio anual	Total de días tenidos en cuenta	IPC
27 de febrero de 2013 al 30 de diciembre de 2013	\$2.273.833	300	1,01
1 de enero de 2014 al 28 de febrero de 2014	\$2.208.000	60	1,00

Con los anteriores promedios, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la señora “A”, es de \$2.240.917.00, IBL sobre el cual se aplica el monto de la pensión del 75% que dispone la Ley 33 de 1985, por encontrarse en régimen de transición, para obtener como resultado una pensión mensual de \$1.680.687.00, con el IPC del año 2014²³⁸.

Así mismo, si se fuera a aplicar la cuota parte, la misma sería así:

Entidad	Periodo laborado	Total días laborados	Monto de la pensión
----------------	-------------------------	-----------------------------	----------------------------

²³⁸ Valor que de conformidad con la Ley 100 de 1993 de 1994, deberá indexarse con el IPC del año en que ingresa a la nómina de pensiones.

Entidad 1	01 de Julio de 1982 hasta el 12 de Julio de 1988	2.189 días	\$328.690
Entidad 2	del 27 de Febrero de 1989 al 30 de junio de 1995, y,	2.284 días	\$342.954
Administradora de Pensiones	del 01 de julio de 1995 al 28 de febrero de 2014	6.720 días	\$1.009.042

Si se comparan las dos liquidaciones efectuadas, se puede evidenciar que una pensión liquidada con los parámetros de la Ley 100 de 1993, es to es, con el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años, en comparación de la liquidada por orden judicial, con los factores salariales devengados en el último año, se incrementa en un 38% en el ejemplo, porque pasa e \$1.216.471 a \$1.680.687, mayor valor que es asumido por la administradora de pensiones o por la entidad empleadora, acrecentando el respectivo pasivo pensional.

En últimas, si el respectivo órgano judicial ordena la reliquidación de la pensión con factores salariales legales o extralegales por los cuales no se cotizó, está incrementando el valor de la pensión, contribuyendo a desfinanciar la pensión, y a incrementar el pasivo pensional del país.

Capítulo 8

¿Cuál debería ser la interpretación en torno al régimen de transición del servidor público, en régimen general de pensiones?

Con todo el panorama visto en los capítulos anteriores, la pregunta que nos planteamos desde el principio, sobre ¿Cuál debería ser la interpretación en torno al régimen de transición del servidor público, en el régimen general de pensiones? encuentra su respuesta en los fundamentos del Estado Social de Derecho, los cuales deben irradiar los contenidos del régimen de transición y el ingreso base de liquidación, previstos dentro del Sistema General de Pensiones, con el fin de garantizar el principio de Seguridad Social consagrado tanto constitucional como legalmente.

El Sistema General de Pensiones no puede privilegiar intereses particulares, sino el interés general, por cuanto uno de los propósitos del constituyente de 1991 y del Acto Legislativo 01 de 2005 y del legislador de la Ley 100 de 1993, fue eliminar los subsidios excesivos y garantizar la sostenibilidad del sistema pensional a través de las cotizaciones obligatorias, situación que antes de la vigencia del sistema no estaba contemplada. Por lo tanto, si bien en principio se crean unos beneficios para el otorgamiento de la pensión con el régimen de transición, favoreciendo un grupo determinado de la población, en este caso a los servidores públicos que pertenecen al sistema general de pensiones y que a la fecha de entrada en vigencia reunían los requisitos de edad²³⁹ o tiempo²⁴⁰, su financiación no puede exceder los límites constitucionales y legales en relación con los subsidios que antes existían, y es por ello que la liquidación de la pensión debe corresponder a

²³⁹ Mujeres 35 años y hombres 40 años de edad.

²⁴⁰ 15 años de servicios para hombres y mujeres.

los montos de los factores salariales sobre los cuales se cotizó por el periodo de tiempo previsto en la ley.

8.1. Régimen de transición vs derechos adquiridos.

La anterior posición no riñe con el respecto de los derechos adquiridos, ya que antes de la Ley 100 de 1993, existía un grupo poblacional que reunía determinados requisitos en torno a la expectativa de la pensión, los cuales fueron salvaguardados por el legislador con la creación del Régimen de Transición. Eso quiere decir, que el régimen de transición se creó para proteger expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a quienes se les debía garantizar unas condiciones diferentes a las que se iban a señalar en la nueva legislación para acceder a la pensión.

Si bien, debido a los diferentes cambios económicos, sociales y políticos evidenciados, el legislador debía establecer un nuevo sistema pensional, el mismo no podía afectar a quienes tenían cierta edad o determinado tiempo al servicio de la fuerza laboral.

De esta manera el Régimen de Transición creado con la Ley 100 de 1993, en aras de proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley, se consagró para tres clases de personas²⁴¹: (i) Mujeres que a la entrada en

²⁴¹ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

vigencia del sistema, tuvieran 35 años de edad, (ii) Hombres que a la entrada en vigencia del sistema, tuvieran 40 años de edad y (iii) Hombres o mujeres, que tuvieran 15 años de servicios.

La anterior excepción, era necesaria en aras de que éstas personas ya tenían la expectativa de una pensión bajo los parámetros de las normas laborales existentes en el momento, esto es, Ley 33 de 1985²⁴², y por lo tanto, tenían unas condiciones diferentes respecto de quienes inician la vida laboral, cuyas condiciones de pensión, se deben regir por los nuevos cambios implementados en el sistema.

Ahora bien, se presenta la discusión en torno a si las personas que ya se encuentran en régimen de transición, dejaron de tener una expectativa y adquirieron un derecho o si por el contrario no han adquirido ninguna prebenda. Discusión frente a la cual la Corte Constitucional en principio tuvo dos posiciones:

En la sentencia C- 789 de 2002, concordante con las sentencias C-126 y C-168 de 1995, la Corte advirtió que quien se encontrara en transición tenía una mera expectativa y por lo tanto, el legislador en cualquier momento, conforme a las condiciones económicas y sociales del país, podía entrar a modificar nuevamente los requisitos para su pensión.

Posteriormente la misma Corte, mediante la sentencia C-754 de 2004 señaló que quien se encontrara en las anteriores condiciones, es decir, en régimen de transición, tenía una situación

²⁴² Es preciso reiterar, como se mencionó en capítulos anteriores, que a estos servidores públicos, también les es aplicable la Ley 71 de 1985. Sin embargo, como esta ley, permite la concesión de la pensión por aportes, es decir personas que cotizaron al ISS y fueron servidores públicos, sólo hacemos alusión a los tiempos laborados como servidores públicos, previsto en la Ley 33 de 1985.

concreta que no se le podía menoscabar, y si bien no había adquirido un derecho, el legislador no podía entrar a modificar esas condiciones ya advertidas. En esta medida equiparó el régimen de transición con un derecho adquirido.

Sin embargo, la anterior discusión quedó zanjada con el Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto si bien con su expedición se respetó el régimen de transición, el mismo se limitó hasta el 31 de diciembre de 2014, esto es, el régimen de transición no es una mera expectativa, ni un derecho adquirido, sino una expectativa legítima de adquirir un derecho, porque el legislador puede excepcionalmente, en aras de la ponderación efectuada respecto a la situación económica y social del país y criterios de razonabilidad y proporcionalidad, modificarlo, es decir, que hay primacía del interés general.

Así se encuentra, que si bien antes de la Ley 100 de 1993 la persona no tenía un derecho adquirido, porque no había cumplido los requisitos para pensionarse a su entrada en vigencia, y en tal sentido no había consolidado un derecho en su patrimonio; si tenía una expectativa de llegar a adquirir una pensión bajo los parámetros normativos existentes en ese momento. Fue por eso que el legislador estableció un régimen especial para dichas personas, ya que reunían unas condiciones especiales en razón a su edad y su vinculación laboral, a lo cual llamó régimen de transición. Sin embargo, este régimen de transición, si bien no es un derecho adquirido, porque la persona todavía no ha cumplido los requisitos para pensionarse, tampoco es una mera expectativa, porque la persona ya reunió los requisitos para estar en transición, así, tiene una expectativa de derecho, que sólo podrá ser afectada excepcionalmente por el legislador, previa ponderación de criterios

socio – económicos, como demografía, expectativa de vida e incluso sostenibilidad financiera, en aras de la progresividad de los derechos.

8.2. Régimen de transición e Ingreso base de liquidación.

Ahora bien, una cosa es tener o no derecho a la pensión y bajo qué requisitos, y otra muy diferentes es como se financia esa pensión a la que tengo derecho.

Conforme con la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993 (Santa María, 2010), antes de su entrada en vigencia, la mayoría de servidores públicos no cotizaban, por lo tanto el Estado era quien debía asumir la financiación de la pensión, con la gravedad de que las pensiones se liquidaban con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, caso en el cual, la mayoría de las personas tenían los mayores ingresos en el último año de labores, bien por el aumento salarial respectivo, o porque en el último año adquirían un mejor empleo con un salario mucho mejor. Situación que incrementaba año a año el déficit fiscal pensional del país, lo cual se estaba tornando insostenible, ya que representaba gran parte del PIB nacional.

El problema se presenta entonces en torno a la liquidación de la pensión reconocida por Régimen de Transición.

En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, si bien las personas afiliadas al sistema cotizan para efectos del reconocimiento y financiación de una pensión, en todos los casos,

esas pensiones deben ser subsidiadas por el Gobierno Nacional, por cuanto las cotizaciones aportadas tanto por empleador, como por el empleado, no alcanzan a financiar la pensión.

Para Jorge Garay, (Colombia entre la Exclusión y el Desarrollo, propuestas para la transición al Estado social de Deecho, 2002, págs. 149 - 150) en el régimen de prima media se genera un subsidio implícito de entre el 42% y el 72% por cada salario mínimo pagado en las pensiones, debido a que los beneficios son mayores a las contribuciones. Cifras que son corroboradas por Acosta y Ayala (Reformas pensionales y costos fiscales en Colombia, 2001, págs. 28-29) quienes señalan que en el régimen de transición los subsidios son entre el 50% y 69%.

Los anteriores subsidios hoy todavía subsistente, para Sergio Clavijo (El pasivo pensional de Colombia: calculo de su valor presente neto y sensibilidades parametricas, 2013, pág. 42) los subsidios se encuentran en un rango del 45.5% a 74.6% dependiendo del promedio de vida del pensionado y el salario de cotización con el cual se otorgó la pensión, siendo mayores, para las personas que se encuentran en régimen de transición.

Otra de las dificultades que incrementa los subsidios a cargo del Gobierno, es que con la creación del régimen de ahorro individual, muchos jóvenes que sostenían el sistema en el régimen de prima media, hoy se encuentran cotizando en el régimen de ahorro individual y por lo tanto, el fondo común que representa el régimen de prima media, se ve desfinanciado, debiendo ser cubierto por el Gobierno a través de los subsidios. (Santa Maria Salamanca & Piraquive Galeano, 2013, pág. 37)

Según Cepeda Espinosa y Escobar Gil (Salvamento de voto Sentencia C-754, 2004) en el régimen de transición, los subsidios dependen de la pensión, por lo tanto, mientras mayor sea la pensión, mayor es el subsidio, por ejemplo para una pensión de un salario mínimo el subsidio es de 0.6 salarios, para pensiones de 10 salarios, el subsidio es de 3.5 salarios y las pensiones de 20 salarios, reciben un subsidio de 7 salarios. Situación que es inequitativa, ya que los subsidios se deberían otorgar para garantizar la pensión mínima, por ejemplo en el caso de las personas de la tercera edad. Así mismo señalan, que mientras que en el régimen de transición, el Estado subsidia las pensiones de quienes tienen ingresos relativamente altos, en el país, la mayoría de personas de la tercera edad, no se encuentran afiliadas al sistema.

En definitiva, si la pensión es mayor, al Gobierno le corresponde asumir un subsidio mayor, situación que se presenta con mayor razón en el régimen de transición, lo cual genera inequidad, ya que los subsidios no sólo se otorgan a las personas que reciben mayor monto de la pensión, sino que los subsidios son mayores para estos pensionados que en su mayoría no cotizaron y percibieron una pensión con el último año de servicios; en relación con aquellos quienes perciben una pensión mínima. En otras palabras, se otorgan más subsidios, a quien recibe mayor monto de la pensión.

El Ministerio de trabajo y seguridad social, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, citado por Cárdenas Rivera, (Justicia pensional y Neoliberalismo, 2004, pág. 139) considera que en Colombia no hay seguridad social, sino antiseguridad social, por cuanto los pobres subsidian a los ricos, para tal efecto, expresa:

Hace 10 años, las pensiones costaban menos del 1% del PIB; hoy cuestan 3% y en 10 años costarán 6%. Eso no es necesariamente malo. Lo malo es que no hay modo de pagarlas, porque las reservas no se hicieron y aquellas que se hicieron se gastaron en cosas que no eran... Pero en Colombia tenemos antiseguridad social, en la que los pobres subsidian a los ricos: subsidio del 75% más pobre al 25% más rico, por un valor equivalente al déficit pensional en favor de los ricos, o sea a dos veces el valor del PIB; subsidio a los cuatro millones de ricos que se trasladaron a los Fondos con un bono por el valor teórico de sus reservas, cuando en realidad habían cotizado menos de la mitad de ese valor; subsidio a los que ganan más dentro del ISS. Una pensión de 20 salarios mínimos le cuesta al fisco 10 veces más que una pensión de dos salarios mínimos;

Hoy por lo tanto, sigue subsistiendo un régimen muy especial de pensiones, comprendido por todas aquellas personas que hacen parte del régimen de transición, cuya financiación de la pensión, es subsidiada por el Gobierno y por ende por los demás afiliados al sistema y por el resto de la población, a través de los impuestos.

Conforme a lo anterior, el régimen de transición si bien trae los elementos para acceder a la pensión de la Ley 33 de 1985, tenía serias razones para establecer, que la forma de liquidar la pensión no siguiera siendo con el último año de servicios, sino con el ingreso base de liquidación establecido en la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de salarios percibidos por el trabajador en los últimos diez años de servicios.

Gran parte de la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional, así como la del Consejo de Estado, ha señalado, que no es posible instituir un régimen de transición en el cual se establezca que, de un lado, los requisitos para pensionarse serán los de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior, esto es, Ley 33 de 1985 y de otro lado, que la liquidación de esa pensión se hará con los requisitos del ingreso base de liquidación del nuevo régimen, es decir, artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, referido al promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años anteriores al otorgamiento de la pensión.

Argumentan que ello no es posible, porque se atentaría contra los principios de favorabilidad, progresividad e inescindibilidad de la norma, según los cuales, no se puede aplicar la norma de manera separada, porque el monto de la pensión del régimen anterior, equivale al ingreso base de liquidación regulado para las nuevas pensiones en la Ley 100 de 1993, es por ello, que a las pensiones que se encuentran en régimen de transición, no se les puede aplicar una norma no compatible a lo previsto en la Ley 33 de 1985, conforme a la cual, el ingreso base de liquidación o monto de la pensión, debe ser el último año de servicios de los salarios percibidos y no sólo los cotizados.

Sin embargo, la anterior interpretación riñe con los postulados del Estado Social de Derecho, y en especial con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Veamos:

8.2.1. El Régimen de transición y la inescindibilidad de la norma.

Si el legislador hubiera querido que del régimen de transición hicieran parte, no sólo la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, sino también la forma de liquidar la pensión, verbigracia, el último año de servicios, así lo hubiera dicho, y no hubiera expresado, dentro de la norma que consagra el régimen de transición, 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”, es decir, un ingreso base de liquidación, como forma de liquidar la pensión conforme las disposiciones de la Ley 100 de 1993, haciendo referencia a que se debe liquidar con el promedio de los salarios cotizados sobre los aportes de los últimos diez años.

No existe violación a la inescindibilidad de la norma, por cuanto la persona al cumplir con los requisitos para estar en Régimen de Transición, no tiene un derecho a la pensión, sino una expectativa legítima de pensionarse, pudiendo el legislador fijar unas condiciones diferentes en la Ley para la liquidación de esa pensión, conforme la ponderación que lleve a cabo sobre situaciones socio económicas, culturales y políticas por las que atraviere el país. Situaciones que fueron justificadas en la exposición de motivos que fundamentó la reforma pensional acogida en la Ley 100 de 1993. Esto es, la existencia de diferentes maneras de pensionarse para los servidores públicos, la no cotización para acceder a una pensión y los altos subsidios que el gobierno venía aportando para la financiación de las pensiones.

Si la intención del legislador hubiese sido otra, no hubiera expresado desde la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993, su inconformidad con la situación que reinaba hasta el

momento, conforme a la cual, las personas se pensionaban con el salario percibido en el último año de servicios, previsto en la Ley 33 de 1985, sin que en la mayoría de los casos hubieren cotizado y contribuido a financiar su pensión, recibiendo pensiones que en tales casos, son financiadas por el Gobierno Nacional, a través de los subsidios, incrementando cada vez más el pasivo pensional del país.

Pretender que el régimen de transición se regula íntegramente por los requisitos de la Ley 33 de 1985, en cuanto no sólo a edad, tiempo de servicios, y monto de la pensión; sino también, en torno a la forma de liquidar la pensión con el último año de servicios por los salarios percibidos; es ir en contra de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal que deben existir en un Estado Social de Derecho, según los cuales, debe existir la mutua ayuda, se debe beneficiar al más débil y se deben garantizar las mismas condiciones de acceso al sistema de seguridad social, manteniendo la financiación de la pensión.

Lo contrario, genera que los más débiles financien a los más fuertes, ya que se contribuye a que cada vez haya un grupo de personas que siguen recibiendo unos altos subsidios en materia pensional por parte del Gobierno, a costa de otro grupo más amplio constituido por el resto de la población, que contribuye al pago de esos subsidios, bien a través de sus cotizaciones, por medio de las personas afiliadas al sistema, o de los impuestos que se pagan.

8.2.2. Régimen de transición vs principio de favorabilidad:

No se vulnera el principio de favorabilidad, ya que si bien el artículo 21 del Código Laboral lo prevé como el deber de toda autoridad judicial o administrativa, para en caso de duda en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho, aplicar aquella que más favorezca al trabajador; en los casos del régimen de transición no hay duda sobre la interpretación de varias fuentes de derecho, por cuanto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 creó el régimen de transición y estableció, tanto los requisitos para acceder a la pensión, como la forma de liquidar la pensión de las personas que se encuentren en estas condiciones.

Es decir, la norma no estableció un vacío frente a la forma de liquidar la pensión del régimen de transición, que haga pensar que hay otra norma más favorable que aplique al caso concreto. El legislador creó el régimen de transición y así mismo estableció los requisitos inherentes al mismo, no sólo en relación con la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, sino también en relación con la liquidación de esa pensión.

Existe en este sentido, regulación expresa del otorgamiento y liquidación de la pensión del régimen de transición.

8.2.3. Régimen de transición vs el principio de la condición más beneficiosa:

No existe violación al principio de condición más favorable o beneficiosa, prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, la cual se predica respecto de dos normas vigentes que generan duda y que son aplicables a un mismo caso. Esta situación no se presenta en el régimen de transición creado por la Ley 33 de 1985, veamos:

En el caso del Régimen de Transición, la Ley 33 de 1985, es una norma derogada, que tiene efectos ultractivos sólo respecto de los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, más no, respecto a la forma de liquidar la pensión. Si no fuera así, las demás personas que no se encuentran en régimen de Transición, y que hoy se les aplica las disposiciones de la Ley 100 de 1993, también podrían llegar a solicitar la aplicación de la norma anterior, al considerar que les es más favorable y que al no aplicárselas, se les están disminuyendo los beneficios para tener derecho a la pensión, es decir, para garantizar sus derechos.

En este sentido, no existe tal vulneración, por cuanto la Ley 33 de 1985 ya no está vigente, es una norma expresamente derogada por la Ley 100 de 1993. Y si bien se podría pensar que el régimen de transición revivió los requisitos para pensionarse de la Ley 33 de 1985, sólo lo hizo respecto a edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, más no en relación a la forma de liquidar la pensión, la cual la ligó al IBL previsto en la Ley 100 de 1993.

Tampoco se puede pensar que cuando la norma habla de monto de la pensión, se está refiriendo a la forma de liquidar la pensión de la Ley 33 de 1985, ya que de la lectura del artículo

36 de la Ley 100 de 1993, se pueden establecer dos situaciones, de un lado, que el legislador al regular el régimen de transición, sólo hizo referencia al monto, en este caso, el de la Ley 33 de 1985, entendido con el porcentaje de la pensión, esto es, el 75%; y de otro lado, señaló que los demás requisitos, es decir, la forma de liquidar la pensión, se regularían por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, es decir, que expresamente el legislador estableció la forma como debían liquidarse las pensiones que se encontraran en régimen de transición.

8.2.4. Régimen de transición vs principio de progresividad:

Tampoco existe violación al principio de progresividad de los derechos laborales, ya que si bien en principio el legislador no puede afectar los derechos adquiridos de las personas; en el caso del Régimen de Transición, no existe un derecho adquirido, sino una expectativa legítima de pensión, de quienes estaban próximos a pensionarse. Expectativas que fueron reguardadas con un régimen especial, de transición.

Lo que se encuentra finalmente con el régimen de transición y las posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, es que los requisitos para acceder a la pensión de las personas que hoy no se encuentran pensionadas, son cada vez más desventajosos e incluso, pueden no llegar a materializarse, pues los subsidios que el gobierno debe de otorgar mensualmente a la población ya pensionada por régimen de transición, se convierten en un alto déficit pensional que hace que las reformas en pensión incrementen cada vez más esos requisitos mínimos para acceder a una pensión.

Así por ejemplo, en el siguiente cuadro se ilustra las reformas pensionales que han habido, las cuales son cada vez más desfavorables para las personas que no han adquirido el derecho a pensionarse.

La ley 33 de 1985²⁴³ tenía como requisitos para la pensión de los servidores públicos del régimen general de pensiones: la edad de 55 años para hombres y mujeres, un tiempo de servicios de 20 años, un monto de la pensión fijo del 75% y una forma de liquidar ese monto de la pensión sobre el promedio de los salarios en el último año de servicios.

La Ley 100 de 1993 señaló²⁴⁴ que los requisitos para acceder a la pensión eran 55 años para las mujeres y 60 para los hombres, 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, un monto de la pensión variable que va desde el 65 por 1000 semanas; porcentaje que se incrementa en un 2% por cada 50 semanas adicionales, hasta las 1400 semanas y a partir de allí se incrementan en un 3% por cada 50 semanas adicionales, hasta un monto máximo del 85%.

Posteriormente, con la Ley 797 de 2003, los requisitos aumentaron, pasado la edad en mujeres a 57 años y en hombres a 62 años; así mismo, las semanas cotizadas a partir del 2015, son mínimo 1300; y los porcentajes de pensión ahora son decrecientes, entre un 55% y un 80% respecto de las semanas cotizadas, es decir, a mayor semanas cotizadas, menor monto de pensión.

²⁴³ Artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

²⁴⁴ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Tabla 10. Requisitos pensionales, según la disposición legal.

Ley	Edad	Tiempo de servicios o cotizaciones	Porcentaje de la pensión	Liquidación de la pensión	Financiación de la pensión
6 de 1945	Hombres y mujeres 55 años de edad	20 años de servicios en el sector público	75%	Promedio de salarios del último año de servicios	El Estado, porque no habían cotizaciones
33 de 1985	Hombres y mujeres 55 años de edad	20 años de servicios en el sector público	75%	Promedio de salarios del último año de servicios	El Estado, porque no habían cotizaciones
71 de 1985	Mujeres: 55 años y hombres: 60 años	20 años de servicios en el sector público o privado	75%	Promedio de salarios del último año de servicios	Es Mixta, porque si la persona laboró en el sector público, el Estado debe subsidiar la pensión; pero si laboró en el sector privado, hubo cotizaciones, por lo tanto la pensión se financia con las cotizaciones y el subsidio del Estado.
100 de 1993	Mujeres: 55 años y hombres: 60 años	1000 o más semanas de cotización en el sector público o privado	Entre 65% y 85%, así: 65% por 1000 semanas El porcentaje se incrementa en 2% por cada 50 semanas adicionales a las 1000, o 3% por cada 50 semanas adicionales hasta las 1400, sin superar un 85%, así:	Promedio de salarios cotizados en los últimos 10 años	Es mixto, se financia con las cotizaciones de la persona y el resto lo asume el Estado a través del subsidio

65%	1000
67%	1050
69%	1100
71%	1150
73%	1200
76%	1250
79%	1300
82%	1350
85%	1400 o más

Ley	Edad	Tiempo de servicios o cotizaciones	Porcentaje de la pensión	Liquidación de la pensión	Financiación de la pensión
797 de 2003	Mujeres: 57 años y hombres: 62 años	A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015, así:	Entre 55% y un 80%, así: A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas: El porcentaje se calcula de acuerdo con la fórmula siguiente: $r = 65.50 - 0.50 s$, donde: r = porcentaje del ingreso de liquidación. s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.	Promedio de salarios cotizados en los últimos 10 años	Es mixto, se financia con las cotizaciones de la persona y el resto de los subsidios los asume el Estado
		2004 1000	A partir del 2005		
		2005 1050			
		2006 1075			
		2007 1100			
		2008 1125			
		2009 1150			
		2010 1175			
		2011 1200			
		2012 1225			
		2013 1250			
		2014 1275			
2015 1300	2004 65% y 55%				
A partir de 1 de enero de 2016 se exigen mínimo 1300 semanas de cotización	El % se incrementa en 1,5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas cotizadas sin superar el 80%				

Otra de las razones por las cuales la interpretación de no considerar el régimen de transición, conforme a los parámetros de la Ley 100 de 1993, atenta contra los fundamentos del Estado Social de Derecho, y el principio de progresividad, es que cada vez más, se incrementan los montos de cotización de las personas que hoy no se han pensionado. Mientras que los pensionados por régimen de transición que cuentan con subsidios de la pensión, en su mayoría no cotizaron y por lo tanto no aportaron a la financiación de su pensión, las personas que hoy no se

han pensionado deben seguir cotizando para poder financiar su pensión. Agregándole a ello, que los montos de cotización son cada vez mayores así:

Tabla 11. Montos de cotización a cargo de empleador y empleado.

Año	Cotización	Aporte Empleador	Aporte Trabajador
1994 ²⁴⁵	8%	6%	2%
1995	9%	6,75%	2,25%
1996 - 2003	10%	7,5%	2,5%
2003 ²⁴⁶	13.5%	10.125%	3.375%
2004	14.5%	10.875%	3.625%
2005	15%	11.25%	3.75%
2006 – 2007	15.5%	11.62%	3.875%
2008 – 2016	16%	12%	4%

8.3. Régimen de transición y su interpretación correcta:

En tal sentido, el legislador perfectamente puede establecer, frente a un cambio legislativo, que la pensión se reconozca con los requisitos de la Ley anterior sólo respecto de la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión y que la liquidación se efectúe con unos nuevos requisitos, como el ingreso base de liquidación, conforme a los salarios cotizados en los últimos diez años sobre los factores salariales por los cuales aportó. Esto es, el régimen de transición no viola derechos adquiridos, ni atenga contra la inescindibilidad, favorabilidad condición más beneficiosa y progresividad de los derechos, porque reguló expectativas legítimas y perfectamente puede establecer que la liquidación de la pensión se efectúe con los parámetros de la Ley 100 de 1993.

²⁴⁵ Artículos 20 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

²⁴⁶ Reforma de la Ley 797 de 2003, artículo 7 que modifica el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

No establecer una posición unificada, en torno al principio de prevalencia del interés general, dentro del Estado Social de Derecho, genera inseguridad jurídica, porque privilegia en todo momento un sector de la población, en contra de la igualdad de condiciones, y la sostenibilidad fiscal. En este sentido, una interpretación del régimen de transición conforme a los parámetros previstos del ingreso base de liquidación advertido en la Ley 100 de 1993, contribuye a evitar los beneficios especiales de cierta clase de la población y a generar una igualdad material, en la medida en que las personas se pensionan, conforme al salario devengado y los factores salariales realmente cotizados.

Con fundamento en cada una de las posiciones encontradas en la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, comparto plenamente la posición de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia SU-230 de 2015, según la cual el Ingreso Base de Liquidación, no hizo parte del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que la pretensión del legislador se centró en acabar con condiciones especiales para la liquidación de la pensión²⁴⁷, buscando adecuarse a los postulados del Estado Social de Derecho establecido a partir de la Constitución Política de 1991.

La Corte Constitucional siempre se ha caracterizado por asumir una posición protectora de los derechos sociales y en el caso de la seguridad social, hemos visto que si bien han habido diferentes posiciones jurisprudenciales, ya que no ha sido unánime su criterio en torno a si el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 aplica íntegramente los requisitos para pensionarse de la Ley 33 de 1985 o por el contrario sólo se refirió a edad, tiempo de servicios y

²⁴⁷ Situación reiterada en el Acto Legislativo 01 de 2005.

monto de la pensión y no a la forma de liquidar la pensión; se encuentra como en los últimos años, recogiendo los postulados de estado social de derecho, y en especial de sostenibilidad fiscal, ha señalado que las pensiones concedidas por el régimen de transición, deben ser liquidadas conforme los parámetros del Ingreso base de liquidación fijados por el legislador en la ley 100 de 1993.

Así, el aplicar la posición unificada de la Jurisdicción Ordinaria, ratificada por la Corte Constitucional, en el último periodo constitucional, prevalece los principios que fundamental el Estado Social de Derecho, en torno a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general y la sostenibilidad fiscal.

Con la Ley 100 de 1991 se construyó una política pensional sobre la base de que todos los ciudadanos debían ser beneficiarios, pero a su vez debían ser responsables en la financiación de la pensión, a través de las cotizaciones y los factores salariales previamente definidos en la Ley; lo cual no excluye a las personas beneficiadas con el régimen de transición.

Si bien se podía pensar que esto es lo más lógico, se encuentran que antes de la Ley 100 de 1993, no todos los ciudadanos eran beneficiarios de una pensión, ya que sólo lo eran quienes ostentaban una relación laboral, lo cual según Cárdenas Rivera (2004, pág. 126), daba lugar a una fragmentación social en materia de solidaridad, eficiencia y calidad.

Por lo tanto, la novedad del sistema general de pensiones se da sobre todo, en la forma de financiar esa pensión, ya que se estableció que la misma debe hacerse con las cotizaciones llevadas

a cabo durante toda la vida laboral, no sólo por el empleador, sino también por el trabajador, y es aquí donde se enmarcan las diferentes controversias que se han suscitado en las jurisdicciones.

Si bien, no se puede desconocer, como lo advierte Cárdenas Rivera, el artículo 48 de la Constitución Política, por una parte consagra los principios de solidaridad y universalidad que deben primar en la seguridad social para evitar la asistencia pública, por otra parte, al referirse al principio de sostenibilidad fiscal, introdujo elementos del pensamiento económico neoliberal, por cuanto el Estado debe garantizar la financiación de las pensiones y en esa medida, disminuir los subsidios que se otorgaban antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones. Ello se hace en aras de garantizar que todas las personas lleguen a estar cubiertas con la seguridad social.

Finalmente, mientras se sigan presentando dos posiciones en torno a la aplicación del Régimen de Transición, de las personas a quienes se les aplica el Régimen General de Pensiones, se genera mayor inseguridad jurídica y se viola el principio de igualdad, establecido en la Constitución Política, así como el de sostenibilidad financiera, porque le corresponderá a las administradoras de pensiones, entrar a liquidar las pensiones con requerimientos no previstos en la Ley²⁴⁸.

En esta medida, debería existir una reglamentación expresa que no permita las interpretaciones que hoy se presentan, en la cual se señale que mientras subsistan pensiones liquidadas bajo los requisitos del Régimen de Transición, con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión de la Ley 33 de 1985, el Ingreso Base de Liquidación, será el

²⁴⁸ Y en la mayoría de los casos por sentencia judicial.

contemplado en la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años²⁴⁹, sobre los factores salariales de salario; gastos de representación; prima técnica cuando sea factor salarial; primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación, cuando sean factor salarial; remuneración por trabajo dominical y festivos; remuneración por horas extras, trabajo suplementario o nocturno y bonificación por servicios prestados, conforme lo dispuesto en los Decretos 691 y 1158 de 1994 y 1058 de 1995, o los factores salariales que disponga la Ley.

El régimen de transición conforme la formula anterior, sería la interpretación correcta en el marco del respeto de los derechos sociales, y en particular de la seguridad social y de las pensiones.

²⁴⁹ Artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Conclusiones

Las diferentes interpretaciones jurisprudenciales en el marco del estado social de derecho, sus postulados, así también como los diferentes principios de la seguridad social, nos llevan a concluir no sólo respecto al régimen de transición, sino del ingreso base de liquidación, que:

El Régimen General de Pensiones del Servidor Público, como aquel que se aplica a todo funcionario que no tiene una condición especial para acceder a la pensión, tiene como excepción el régimen de transición según el cual, conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hay servidores públicos que tienen derecho a que la pensión les sea reconocida conforme a los requisitos estipulados en el Régimen anterior, esto es, el contemplado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, según el cual, el reconocimiento de la pensión se hace, si: La edad para pensionarse, tanto de hombres, como de mujeres, es de 55 años de edad; el tiempo de servicios o semanas cotizadas es de 20 años y el monto de la pensión, es del 75%.

Así, si un empleado cumple los requisitos previstos en el Régimen de Transición, respecto a edad o tiempo de servicios, tendrá derecho a que su pensión se reconozca, con los anteriores requisitos, diferentes a los contemplados en el Sistema General de Pensiones.

El Régimen de Transición, es un beneficio, dentro del Sistema General de Pensiones, que se aplica a un pequeño porcentaje de la población colombiana, que tiene unas condiciones

preferenciales, a diferencia del resto de la población, que por no estar en Transición, tendrán unos requisitos generales para pensionarse.

Hasta este punto no existe dificultad alguna, en relación con las diferentes interpretaciones jurisprudenciales en torno al Régimen de Transición. Tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, coinciden en la aplicación del Régimen de Transición y el Régimen General de Pensiones.

No obstante lo anterior, la liquidación de la pensión reconocida por régimen de transición, se efectúa de diferentes maneras, según la Jurisdicción a la cual se acuda.

Así por ejemplo, si quien ordena la liquidación de la pensión, es la Jurisdicción Ordinaria, la pensión del régimen general de pensiones por régimen de transición, se liquidará conforme a los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, bien con el promedio de los salarios cotizados en el tiempo que le hiciera falta para pensionarse, o en los últimos diez años anteriores a la causación del derecho.

De igual modo, en la jurisdicción ordinaria, sólo harán parte de la liquidación de la pensión, los factores salariales previstos en la norma de manera taxativa, y sobre los cuales se cotizó conforme a los Decretos 1158 de 1994 y 1068 de 1995, generando certeza no sólo sobre lo que se cotiza, sino sobre los montos que se están aportando para efectos del reconocimiento a futuro de la pensión.

Conforme a esta interpretación, la liquidación de las pensiones del régimen de transición, se rige por la Ley 100 de 1993 y no por la Ley 33 de 1985, ya que ésta sólo aplica para señalar unos requisitos, más no para establecer la forma de liquidar la pensión. Según esta posición, si bien el régimen de transición salvaguarda las expectativas de quienes están próximos a pensionarse, en aras de los principios del Estado Social de Derecho, de dignidad humana, solidaridad, trabajo y primacía del interés general sobre el particular, el legislador puede, al momento de reglamentar el derecho a la seguridad social, establecer la forma como se concede y liquida la pensión, no sólo para proteger a quien tiene una expectativa legítima, sino para con dichas medidas, contribuir al incremento de la cobertura pensional, permitiendo que otro porcentaje de la población, pueda llegar a pensionarse.

A causa de esto, los subsidios que el Estado venía otorgando para la financiación de la pensión, se disminuyen, liberando más recursos que permiten llegar a ese otro sector de la población que también requiere ser cubierto de manera progresiva con el derecho a la seguridad social. Aquí, el principio de la sostenibilidad fiscal de las pensiones, se logra en la medida que la persona pensionada contribuyó al financiamiento de su pensión con las cotizaciones sobre los factores salariales previstos en la Ley, no debiendo ser financiada en gran parte por el Estado, sino que el subsidio es menor. La financiación es tripartida: funcionario y empleador con sus cotizaciones conforme a los factores salariales establecidos en la Ley; y Estado, con los subsidios necesarios para cubrir esa pensión.

Esta posición de la Jurisdicción Ordinaria, ha venido siendo respaldada por la Corte Constitucional en su última sentencia de unificación la SU-230 de 2015.

Por otra parte, si quien ordena la liquidación de la pensión, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la pensión se liquidará, con las condiciones fijadas en el Régimen anterior, esto es, conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, no sólo en relación a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, sino también en relación con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. Al mismo tiempo, la pensión se podrá liquidar con todos aquellos factores devengados que se consideren salario, independientemente si fueron cotizados o no.

Conforme a esta posición, una persona que lleva diecinueve años laborando con el mismo salario promedio, puede en el último año, por ejemplo, dedicarse a viaticar para incrementar el valor de su pensión, o lograr el cambio de empleo, con un salario superior al devengado durante toda la vida laboral y su pensión, le será liquidada con el promedio de todos los salarios devengados en ese último año, independiente si los cotizó o no.

En esta medida, si bien la pensión también se financia con las cotizaciones de los factores salariales por los cuales cotizó en el último año, y al Estado también le corresponde intervenir para financiarla; en este caso, los subsidios asumidos por el Estado son mayores, por cuanto la pensión no se hizo con un promedio de vida salarial de la persona, sino sólo con el promedio del último año, el cual, en la mayoría de los casos, siempre es mayor.

Se convierten así los subsidios del Estado para la financiación de la pensión, en contribuciones económicas altísimas, que impiden que esos recursos cubran otros sectores de la población que ni siquiera están cubiertos por la seguridad social.

Esta interpretación es asumida, conforme el Consejo de Estado, en atención a los principios de inescindibilidad de la norma, favorabilidad, progresividad y primacía de la realidad sobre las formas, al considerar que los derechos laborales no pueden ser regresivos y que liquidar la pensión, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, genera afectación a los derechos laborales de las personas. Sin embargo, como se anotó en capítulos precedentes, todos esos principios tienen connotaciones diferentes y no se pueden equiparar unos con otros. Por otra parte, es una posición que por el contrario, genera privilegios injustificados, en un ordenamiento jurídico en el cual no deben existir, sin embargo, como se analizó al interior del trabajo, su consecuencia es que el Estado da subsidios a aquellos que tienen más, en desmedro de aquellos que todavía no tienen.

Es una posición que de entrada genera privilegios, porque da lugar a que algunas personas, conforme a consideraciones particulares, como lo es el régimen de transición, se lleguen a pensionar bajo condiciones especiales, dentro de un Régimen que en principio es general, con el cual se pretende eliminar toda prerrogativa especial.

A causa de ello, el principio de sostenibilidad financiera, en el régimen de transición no existe, por cuanto los privilegios que se quisieron acabar con la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, respecto de quienes adquirirían una pensión sin haber cotizado o contribuido para su financiación, siguen existiendo para un puñado de personas, respecto del resto de la

población y no precisamente por vulneración a su dignidad humana, sino porque es esa la interpretación que se quiere dar, independientemente del querer del legislador y el constituyente, quien busca es garantizar el derecho a la seguridad social a los más débiles y asegurar un orden político, económico y social justo mediante la distribución y redistribución de los recursos existentes²⁵⁰.

Si el constituyente de 1991 hubiera querido conservar esa serie de privilegios que existían con anterioridad, para ese sector específico al que denominó régimen de transición, así lo hubiera justificado y expresado en la Ley 100 de 1993 y en el Acto Legislativo 01 de 2005, sin embargo, por el contrario lo que quiso, fue conformar un ordenamiento basado en la igualdad, en donde en materia de seguridad social, si bien existe un sistema general de pensiones, el régimen de transición sólo podía ser un beneficio excepcional en aras de proteger una expectativa legítima de quienes a su entrada en vigencia cumplían unos requisitos para que se les concediera pensión, más no podía convertirse en un privilegio que permitiera seguir generando altos subsidios a cargo del Estado.

Así, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se establecieron reglas que permitieran garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, en esa medida, con el Acto Legislativo se señaló que:

Las pensiones de vejez, sólo pueden otorgarse a quienes reúnan los requisitos de edad, tiempo de servicios, semanas cotizadas o capital necesario para financiar la pensión, conforme a lo dispuesto en la Ley.

²⁵⁰ Ver Sentencia C-776 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Se respetan los derechos adquiridos, con el fin de garantizar los derechos de quienes ya tienen una pensión o se encuentran en régimen de transición.

La liquidación de la pensión, sólo se podrá hacer, conforme a los factores sobre los cuales se hayan efectuado cotizaciones.

El Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, el trabajador tuviera 750 semanas cotizadas, a quienes se les garantizará el Régimen de Transición, hasta el 31 de diciembre de 2014.

A partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales, ni exceptuado, excepto los previstos en favor del Presidente de la República, y la Fuerza Pública

Las personas que causen el derecho a pensión, a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sólo tendrán derecho a trece mesadas pensionales, salvo que el derecho se cause antes del 31 de julio de 2011 y la mesada pensional sea inferior a tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, caso en el cual, se tendrá derecho a catorce mesadas pensionales.

A partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo, no habrá lugar a mesadas pensionales superiores a 25 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Los Pactos, Convenciones o Laudos, no podrán establecer condiciones más favorables, diferentes a las establecidas en las Leyes.

En resumen, en el régimen del sistema general de pensiones, existe inseguridad jurídica, por cuanto las administradoras de pensiones, ante las disímiles interpretaciones de las Altas Cortes, están tomando diferentes criterios para pensionar a una persona que se encuentra en régimen de transición, no partiendo de los postulados del Estado Social de Derecho en torno a la efectividad del derecho a la seguridad social, sino, según la interpretación jurisprudencial que se acoja, existiendo en la práctica, personas beneficiadas por el régimen de transición, pero con pensiones liquidadas de diferentes maneras.

El Gobierno por su parte, pese a que el régimen de transición ya expiró, sigue reconociendo altos subsidios por pensiones que en un principio se liquidaron con los parámetros de la Ley 100 de 1993, pero que con posterioridad, y debido a sentencia judicial en cada caso particular, fueron reliquidadas, con la forma de liquidación de la Ley 33 de 1985 y con factores salariales por los cuales no se cotizó.

Considerar que el régimen de transición, solo se consagró en cuanto a los requisitos para adquirir la pensión y no también en relación con la forma de liquidar la pensión, como lo señala la jurisdicción ordinaria y lo ratifica la Corte Constitucional, es una posición que se ajusta a los postulados del Estado Social de Derecho, por cuanto busca la solidaridad, igualdad, primacía del interés general y sostenibilidad fiscal.

Lista de Referencias

- Acosta, O. L., & Ayala, U. (2001). Reformas pensionales y costos fiscales en Colombia. Santiago de Chile. Naciones Unidas - CEPAL.
- Arango Rivadeneira, R. (2005a). El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá, Colombia. Legis.
- Arango Rivadeneira, R. (2015b). Universidad Nacional Autónoma De México. Obtenido de Enciclopedia De Filosofía Y Teoría Del Derecho, Volumen Dos, Capítulo 47, Derechos Sociales. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796>
- Arenas Monsalve, G. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá, Colombia. Legis.
- Bermúdez Alarcón, K. (2012). Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: aproximación a la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Bermudez Alarcon, K. (2015). Principios de norma más favorable, condición más beneficiosa e indubio pro operario. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Bonilla González, Ricardo. (2001). Pensiones: en busca de la equidad. Cuadernos de Economía, 20(34), 307-335. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722001000100017&lng=en&tlng=es

Camargo, P. P. (2006). Manual de Derechos Humanos (Tercera ed.). Bogotá, Colombia. Temis.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia C-546 del 01 de Octubre de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Baron y Alejandro Martínez Caballero Procesos Nos. D-023 y D-041. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia C-575 del 29 de Octubre de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Demanda D-066. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-408 del 15 de Septiembre de 1994. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. Expediente No. D-544. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-126 del 22 de marzo de 1995. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara. Expedientes D-616, D-617 y D-625. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-686. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-449 del 4 de Octubre de 1995. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. Expediente D-877. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-461 12 de octubre de 1995. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-864. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-596 del 20 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente D-1679. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-608 del 23 de agosto de 1999. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-2002 y 2256. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-126 del 16 de febrero de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-2456. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-053 del 24 de enero de 2001. Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger. Expediente D-3099. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-1064 del 10 de Octubre de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-3449. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-086 del 13 de Febrero de 2002. Magistrado Ponente Clara Ines Vargas Hernández. Expediente D-3627.Colomiba.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil Expediente D-3958. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003. Magistrado Ponente Ligia Galvis Ortiz. Expediente D-4170. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Expediente D-4500. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-459 del 11 de Mayo de 2004. MAGISTRADO PONENTE Jaime Araujo Rentería. Expediente D-4910. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-754 del 10 de Agosto de 2004. Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis. Expedientes D-5092 y 5093. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-1024 del 20 de Octubre de 2004. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-5138. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-177 del 1 de marzo de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-5310 y 5321. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-663 del 29 de agosto de 2007. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-6603. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-529 del 23 de junio de 2010. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7920. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-1057 del 6 de diciembre de 2012. Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada. Expediente D-9143. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-258 del 07 de Mayo de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente D-9173 y D-9183. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia SU-747 del 2 de Diciembre de 1998. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-152455. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia SU-1354 del 4 de octubre de 2000. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Expediente T-249256. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente T- 3.558.256. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-002 del 8 de mayo de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-644. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-401 del 3 de junio de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-103; T-377; T-426. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Expediente T-778. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-533 de 23 de Septiembre de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-3038. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia T-116 del 26 de marzo de 1993. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara. Expediente T-8200. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-125 del 14 de marzo de 1994. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-23703. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-550 del 2 de Diciembre de 1994. Magistrado Ponente Jose Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-43712. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-076 del 28 de febrero 1996. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo. Expedientes T-76393 y ciento ochenta y uno (181) expedientes acumulados. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-352 del 13 de agosto de 1996. Magistrado Ponente Jose Gregorio Hernandez Galindo. Expediente T-96076. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-801 del 16 de Diciembre de 1998. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expedientes acumulados T-176943 y T-178076. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia T-408 del 10 de abril de 2000. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-261199. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia T-671 del 9 de junio de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martinez Caballero. Expedientes T-T-292688, T-292720, T-293562, T-293567, T- 296286. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia T-1565 del 23 de noviembre de 2000. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Expediente T-374.710. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia T-1752 del 15 de diciembre de 2000. Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger. Expediente T-332.437. Colombia.

Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia T-1306 del 6 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T-495885. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia T-434 del 30 de Mayo de 2002. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-527584. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia T-631 del 8 de agosto de 2002. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T- 587434. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-016 del 22 de Enero de 2007. Magistrado Ponente Humerto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1405186. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-580 del 30 de Julio de 2007. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1501981. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-997 del 21 de noviembre de 2007. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Expediente T-1661788. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-1213 del 5 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto Expediente T-1.996.229 y T-1.997.982. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-1225 del 5 de diciembre 2008. Magistrado Ponente Manuel Jose Cepeda Espinosa. Expediente T-1914332. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-217 del 27 de marzo de 2009. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T- 2108502. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-078 del 7 de febrero de 2014. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo. Expediente T- 4.049.473. Colombia.

Cárdenas Rivera, M. E. (2004). Justicia Pensional y Neoliberalismo. Bogotá, Colombia. Publicaciones ILSA.

Céspedes espinosa, M.J.; Montealegre Lynett E. (2007) Teoría Constitucional y Políticas Públicas, bases críticas para una discusión. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia

Clavijo, S., Vera, A., Malagon, D., & Cabra, M. y. (2013). El pasivo pensional de Colombia: calculo de su valor presente neto y sensibilidades parametricas. Bogotá, Colombia. Anif.

Cordeiro López, A. H. (2011). ¿El Estado constitucional democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz? Obtenido de Biblioteca virtual Miguel de Cervantes.

Recupersdo de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmccg083>

Corte Suprema de Justicia (2003). Radicado 18232 del 18 de marzo de 2003. Magistrado Ponente Luis Gonzalo Toro Correa. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (1998). Radicado 10440 del 27 de noviembre de 1998. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2001). Radicado 15921 del 29 de noviembre de 2001. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Carlos Isaac Lader. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2003). Radicado 19663 del 5 de marzo de 2003. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Carlos Isaac Lader. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2002). Radicado 17192 del 26 de febrero de 2002. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2005). Radicación 26659 del 25 de octubre de 2005. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Eduardo López Villegas. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2005). Expediente 24305 del 9 de noviembre de 2005. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2009). Radicado 33343 del 17 de octubre de 2008. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Gustavo José Genecco Mendoza. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2009). Radicado 34863 del 16 de diciembre de 2009. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente Gustavo José Genecco Mendoza. Colombia.

Consejo de Estado (1996). Concepto 857 del 19 de agosto de 1996. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado Ponente Luis Camilo Osorio Isaza. Colombia.

Consejo de Estado (2000). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Expediente 2729-99 del 8 de junio de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado. Colombia.

Consejo de Estado (2000). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente 470/99 del 21 de septiembre de 2000. Subsección A. Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda. Colombia.

Consejo de Estado (2000). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Radicado (3055) 2004-00 del 30 de noviembre de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado. Colombia.

Consejo de Estado (2001) Sección Segunda, Subsección A, Radicado 25000-23-25-000-1998-00511-01(636-00) del 29 de marzo de 2001. Magistrado Ponente Alberto Arango Mantilla. Colombia.

Consejo de Estado (2003). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01) del 13 de marzo de 2003. Magistrado Ponente Ana Margarita Olaya Forero. Colombia.

Consejo de Estado (2003). Sección Segunda, Subsección A. Radicado número: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02) del 29 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Alberto Arango Mantilla. Colombia.

Consejo de Estado (2004). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado N° 2287-03 del 29 de abril de 2004. Colombia.

Consejo de Estado (2004). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado N° 1033 del 6 de mayo de 2004. Colombia.

Consejo de Estado (2004) Sección Segunda, Subsección B. Radicado 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02) del 4 de noviembre de 2004. Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres Toro. Colombia.

Consejo de Estado (2006) Sección Segunda, Subsección B. Radicado 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04) del 16 de febrero de 2006. Magistrado Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado. Colombia.

Consejo de Estado (2006) Sección Segunda, Subsección A. Radicado 73001-23-31-000-2002-09394-01(9394-05) del 28 de septiembre de 2006. Magistrado Ponente Alberto Arango Mantilla. Colombia.

Consejo de Estado (2008) Sección Segunda, Subsección B. Radicado 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08) del 6 de agosto de 2008. Magistrado POnente Gerardo Arenas Monsalve. Colombia.

Consejo de Estado (2010) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado Número 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) del 4 de agosto de 2010. Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Colombia.

Echavarría Arango, L. A. (5 de agosto de 2009). blog Luis Alonso Echavarría Arango. Recuperado de: <http://www.pensionesencolombia.blogspot.com.co/>

Garay Salamanca, L. J. (2002). Colombia entre la Exclusión y el Desarrollo, propuestas pra la transición al Estado social de Derecho. Bogotá, Colombia. Contraloría General de la Nación, Dirección Académica.

García González, J. (2011). Pensiones: Régimen de Transición, Normatividad y Jurisprudencia. Medellín. Colombia. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.

Gerencie.com. Principio de Estado Social de Derecho (2008). Recuperado de: <http://www.gerencie.com/principio-de-estado-social-de-derecho.html#1>

Jaramillo Jassir, I. D. (2010). Principios constitucionales y legales del Derecho del trabajo colombiano. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario.

González Posso, C. (2014). Hace 24 años: La séptima papeleta de los estudiantes. Centro memoria.

Recuperado de: <http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/03/5.-Hace-24-a%C3%B1os-La-S%C3%A9ptima-papeleta-de-los-estudiantes.pdf>

López Medina, D. E. (2006). El Derecho de los Jueces. Bogotá, Colombia. Legis S.A.

Lora, E., & Helmsdorff, L. (1995). El Futuro de la Reforma Pensional. Bogotá, Colombia. Fedesarrollo.

Medina, D. E. (2006). El Derecho de los Jueces (Vol. 2). Bogotá, Colombia. Legis Editores S.A.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Política Macroeconómica. (2010).

Notas Fiscales: Régimen de transición pensional de los servidores públicos, sistema general de pensiones. 7. 21. Recuperado de <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/SeguridadSocial/SeguimientoFiscalFinancieroPensiones/BoletinRegimentransicin.pdf>

Muñoz Segura, A. M. (2014). Precisiones alrededor del régimen de transición. Actualidad Laboral y Seguridad Social, Actualidad Laboral y Seguridad Social (182) 26-32.

Neira Rodríguez, D. K. (2015). Principios de norma más favorable, condición más beneficiosa e indubio pro operario. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Naciones Unidas, Asamblea General. (1948). Declaración Universal de los Derechos del Hombre. 10 de diciembre de 1948. Paris.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. (1966). Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. 19 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. (2008). Observación N°19 del 4 de febrero de 2008.

Quinche Ramírez, M. F. (2015). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.

Quintero Sepulveda, A. (2011). Régimen de transición pensioal de los empleados públicos. Jurisprudencia de las Altas Cortes (primera ed.). Medellín, Colombia. Librería Jurídica Sanchez Ltda.

Ramírez, L. F. (1992) Exposición De Motivos del Proyecto de Ley “por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. p. 13

Salazar Silva, F. (2006). Teoría económica y Estado de Bienestar, Una aproximación. Cuadernos de Administración. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/2250/225020344006.pdf>

Santa María Salamanca, M. (2010a). Informe final, El sistema pensional en Colombia, retos y alternativas para aumentar la cobertura. Obtenido de Ministerio de Hacienda. Recuperado de: http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/El-sistema-pensional-en-Colombia_Retos-y-alternativas-para-aumentar-la-cobertura-12-de-abril-2011.pdf

Santa María, M., Steiner, R., Botero, J. H., Martínez, M., Schutt, E., Arias, M.E. & Millán, N. (2010b). El sistema pensional en Colombia: Retos y alternativas para aumentar la cobertura. Bogotá, Colombia: Fedesarrollo. 26. Recuperado de: file:///C:/Users/GERMAN/Dropbox/MAESTRIA/proyecto_de_investigacion/Bibliografia/resumen%20del%20documento%20de%20Fedesarrollo%202010.pdf

Santa Maria Salamanca, M., & Piraquive Galeano, G. (2013). Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. Serie de Archivos de Colombia, Dirección de Estudios Económicos - DNP. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Econmicos/398.pdf>

Steiner, R. FEDESARROLLO. (2011). Los retos del sistema pensional y su impacto en el desarrollo de Colombia. Universidad Sergio Arboleda, 25. Recuperado de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/U.-Sergio-Arboleda-Stiener-Los-retos-del-sistema-pensional-Nov.-2011.pdf>

Superintendencia Financiera, d. C. (29 de julio de 2010). *Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado de concepto 2010047282-001: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile7411&downloadname=2010047282.doc>

Velásquez Vargas, A., Vidal Perdomo, J., & Sánchez, R. (1996). Dimensiones político-económicas del nuevo orden constitucional. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.